

LES PROPOSITIONS  
DU 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES  
DE FRANCE  
LYON 17/20 MAI 1998

LE CONTRAT  
liberté contractuelle et sécurité juridique

Le directoire

PRÉSIDENT : Laurent DEJOIE  
RAPPORTEUR GENERAL : Pascal CHASSAING  
COORDONNATEUR GENERAL : Guy RIVIÈRE  
COMMISSAIRE GENERAL : Jérôme SALANSON  
TRESORIER : Yolaine de MARIGNY  
PRESSE NATIONALE ET COMMUNICATION : Fabienne JOURDAIN-THOMAS  
PRESSE REGIONALE ET COMMUNICATION : Gérard NOËL  
CONSEILLER INTERNATIONNAL : Richard CRONE  
SECRETAIRE GENERAL : Mme Luce BOULANGER

**Première commission**  
**La formation du Contrat**

Rapporteurs : Benoît NUYTTE  
Laurent LESAGE

1<sup>re</sup> Proposition  
«bonne foi et formation du contrat»

**CONSIDERANT :**

- que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil oblige à l'exécution de bonne foi des conventions,
- qu'en droit positif, le devoir de loyauté concerne autant la période de formation que celle d'exécution du contrat,
- que, plus spécialement, la liberté de négociation dans la période précontractuelle doit se concilier avec le principe de bonne foi dégagé par la jurisprudence,
- qu'il est souhaitable, pour la sécurité juridique, que cette exigence jurisprudentielle de bonne foi dès le stade de la formation du contrat soit exprimée par le Code civil,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

Que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil soit complété pour y préciser que les conventions doivent être non seulement exécutées mais également formées de bonne foi.

**Première commission – 3<sup>e</sup> Proposition**

**«la sanction d'une obligation précontractuelle d'information»**

**CONSIDERANT :**

- que l'obligation précontractuelle d'information doit être sanctionnée lorsqu'il apparaît que l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à d'autres conditions si l'information lui avait été délivrée,
- que la nullité automatique et obligatoire du contrat est une sanction peu adaptée à la diversité des situations particulières et des intérêts à prendre en considération,
- qu'une telle nullité est contraire à la stabilité des contrats et donc à la sécurité juridique,
- que le juge doit pouvoir apprécier l'influence de l'information sur le consentement et ne prononcer la nullité que lorsque l'information défailante ou inexacte a été déterminante du consentement,
- que le caractère facultatif de la nullité permet de concilier l'exigence de protection du contractant créancier de l'obligation d'information et l'impératif de sécurité juridique,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

Que l'éventuelle nullité sanctionnant une obligation précontractuelle d'information soit relative et facultative.

**Première commission – 5<sup>e</sup> Proposition**

**«l'exécution forcée des obligations  
de faire et de ne pas faire»**

**CONSIDERANT :**

- qu'une lecture littérale de l'article 1142 du Code civil aboutirait à donner un caractère alternatif aux

obligations de faire et de ne pas faire : exécution en nature ou dommages et intérêts au choix du débiteur,

- que, de longue date, la jurisprudence a admis le principe de l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire,

- que la réforme des procédures civiles d'exécution issue de la loi du 9 juillet 1991 renforce le principe d'exécution forcée de ces obligations,

- que l'exécution forcée permet d'assurer l'efficacité des mécanismes préparatoires au contrat et ne doit trouver de limites qu'en cas d'impossibilité juridique, matérielle ou morale,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

**Que l'article 1142 du Code civil soit modifié pour consacrer la solution jurisprudentielle selon laquelle toute obligation de faire ou de ne pas faire est susceptible d'exécution forcée, sauf en cas d'impossibilité juridique, matérielle ou morale pour le débiteur.**

## **Première commission – 6<sup>e</sup> Proposition «le contrat entre absents»**

**CONSIDERANT :**

- que les contrats entre absents, en raison de la mobilité des personnes, sont de plus en plus nombreux,

- qu'appelés à un développement considérable, les contrats électroniques sont susceptibles de constituer une nouvelle forme de contrats entre absents,

- que les intérêts attachés au moment de la formation du contrat sont multiples et essentiels,

- que l'absence de solution légale et l'incertitude des solutions jurisprudentielles constituent un facteur d'insécurité et une source de contentieux,

- qu'une intervention législative supplétive permettrait d'allier sécurité juridique et liberté contractuelle,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

**Qu'un article du Code civil règle de façon supplétive, au profit de la théorie de la réception, la question du lieu et du moment de formation d'un contrat entre absents.**

## **Première commission – 7<sup>e</sup> Proposition «l'unification du droit international privé des contrats dans l'Union Européenne»**

**CONSIDERANT :**

- que l'important instrument international que constitue la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles réalise une véritable unification du droit international privé des contrats au sein de l'Union Européenne,
- que cette convention est entrée en vigueur dans tous les Etats membres de l'Union, et qu'elle constitue un "acquis communautaire" que les Etats souhaitant entrer dans l'Union s'obligent à ratifier,
- qu'à l'instar de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à l'exécution des décisions judiciaires et des actes authentiques, la convention de Rome a donné lieu à la signature de deux protocoles annexes sur l'interprétation commune de la convention par la Cour de Justice des Communautés, le premier prévoyant la compétence de la Cour, le second en définissant les modalités,
- que ces protocoles n'ont pas été ratifiés par tous les Etats membres de l'Union, empêchant leur entrée en vigueur,
- qu'une interprétation commune et autonome de cette convention est nécessaire en vue d'éviter une dérive de son interprétation par les Etats membres,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

**Que la Commission des Communautés Européennes incite les Etats à ratifier les protocoles donnant compétence à la Cour de Justice des Communautés pour l'interprétation de la convention de Rome du 19 juin 1980.**

## **Deuxième commission**

### **La rédaction du Contrat**

**Rapporteurs : François VIGNAL  
Nicolas DUTOUR**

## **1<sup>re</sup> Proposition**

### **«la modernisation du droit de la preuve»**

**CONSIDERANT :**

- que le droit français exige une preuve par écrit pour tout contrat civil supérieur à une certaine somme et que la notion d'écrit s'entend traditionnellement d'un texte ou d'une marque sur support papier,
- que les divers textes traitant de l'organisation du notariat, de la présentation, de la communication et de la conservation des actes notariés n'envisagent que la rédaction sur support papier,
- que la technique actuelle permet désormais de rédiger, signer, communiquer et conserver les contrats par voie électronique et que ce type de contrat, déjà fréquent en matière commerciale, est certainement appelé à se développer en matière civile,

- que certains pays étrangers ont déjà adapté leur droit de la preuve aux techniques nouvelles,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

Que le droit de la preuve des obligations, par la modification de l'article 1341 du Code civil, permette d'intégrer les nouveaux supports de l'écrit sous la condition de leur fiabilité, leur intégrité et leur pérennité,

Que le décret n°71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires, soit complété par des dispositions permettant la confection d'actes sur des supports autres que le papier, présentant les mêmes garanties de fiabilité, sécurité, circulation et conservation.

**Deuxième commission – 2<sup>e</sup> Proposition  
«la circulation dématérialisée  
de l'acte authentique»**

**CONSIDERANT :**

- que le droit français confère une place particulière aux actes authentiques reçus par les notaires officiers publics détenteurs du sceau de l'Etat,
- que le notaire est tenu d'assurer l'efficacité de ses actes et la sécurité des contractants, dans le respect du secret professionnel et sous sa responsabilité,
- que le développement des échanges dématérialisés à l'échelle mondiale exige une sécurité qui peut être obtenue grâce aux procédés de cryptage,
- que l'authenticité est de nature non seulement à donner la sécurité quant à l'identification des parties, la certification des signatures, l'intégrité du texte, mais aussi à garantir la conformité du contrat à l'ordre public,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

Que les actes ou copies authentiques, circulant de manière dématérialisée, bénéficient d'une totale liberté de cryptage,

Que la qualité de tiers de confiance soit reconnue aux notaires compte tenu de leur statut d'officier public.

**Deuxième commission – 3<sup>e</sup> Proposition  
«les mentions manuscrites»**

**CONSIDERANT :**

- que l'obligation imposée à certains contractants de porter manuellement une mention déterminée dans les actes qu'ils signent n'a d'autre raison d'être que d'attirer l'attention de signataires sur la gravité de leurs engagements,
- que cette pratique se justifie pleinement à l'égard des actes sous seings privés, puisque leurs signataires ne sont pas nécessairement correctement éclairés sur les obligations qu'ils contractent,

- qu'en revanche, il en va tout autrement lorsque l'acte est établi par un notaire dont c'est précisément la mission d'informer les parties, quant à la gravité, l'étendue et les conséquences éventuelles de leurs engagements,
- et que l'exercice de ce devoir de conseil constitue pour l'officier public une obligation qui engage sans réserve sa responsabilité,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

**Que l'obligation pour un contractant de porter une mention manuscrite dans une convention ne s'applique qu'aux actes sous seings privés.**

## **Deuxième commission – 4<sup>e</sup> Proposition «le mandat sur l'incapacité future»**

**CONSIDERANT :**

- que l'allongement de la durée de la vie humaine confronte de plus en plus les personnes à une altération passagère ou définitive de leurs facultés intellectuelles et, par là, de leur capacité,
- que la fin du mandat en cas d'incapacité et la difficulté de mise en œuvre des régimes de protection des personnes physiques en raison de l'encombrement des tribunaux aggravent cette situation,
- qu'il existe une demande particulière émanant de la clientèle des notaires sur la possibilité d'organiser pour une personne physique sa représentation juridique, y compris pour la vie quotidienne, en cas de perte de sa propre capacité,
- que le besoin de permettre de contracter par une personne diminuée doit se concilier avec une protection suffisante et la sécurité juridique due aux contractants et aux tiers dans cette hypothèse,
- que la gravité d'un tel acte impose l'authenticité,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

**Que soit organisée au sein du Code civil la possibilité pour toute personne physique, dans la perspective où elle deviendrait incapable, de permettre à un représentant de son choix, également personne physique qui accepterait sa mission, de contracter en son nom pour organiser et maintenir son état de vie, en respect des indications figurant au mandat et de ses habitudes de vie,**

**Que ce mandat soit gratuit, dressé par acte authentique, autonome et indépendant des régimes de protection existants ; qu'il prenne effet au jour de la constatation de l'incapacité de la personne par l'autorité judiciaire qui conservera le contrôle de son exécution, sa fin intervenant avec le décès du mandant.**

## **Deuxième commission – 5<sup>e</sup> Proposition «la naissance de la personnalité morale des sociétés»**

**CONSIDERANT :**

- que l'authenticité est de nature à concilier l'exigence contradictoire de rapidité et de sécurité lors de la naissance d'une personne morale,

- que l'intervention du notaire garantit le respect des obligations légales et la vérification des éléments objectifs de l'acte constitutif d'une société civile ou commerciale,
- que la période de formation, dont la durée n'est pas encadrée, fait peser, tant à l'égard des associés fondateurs qu'à l'égard des tiers, une incertitude sur les actes et les engagements conclus,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

**Qu'indépendamment de la publicité au Registre du commerce et des sociétés, la constitution d'une société par acte authentique lui confère immédiatement la personnalité morale.**

## **Deuxième commission – 6<sup>e</sup> Proposition «la rédaction du contrat»**

**CONSIDERANT :**

- que l'examen de dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 permet de constater, d'une façon générale, que la force probante des actes ne relève pas de cette convention, celle-ci ne concernant que les décisions judiciaires et les actes authentiques exécutoires,
- que le droit commun de l'exequatur ne s'intéresse, lui aussi, qu'aux décisions judiciaires et aux "actes publics étrangers" susceptibles de recevoir une exécution forcée,
- que de nombreuses instances en exequatur ont tendance à sortir du domaine de l'exécution forcée pour devenir une simple action déclaratoire de l'efficacité de l'instrument dans un pays étranger, en vue de dissiper la méfiance suscitée par l'extranéité du document,
- que le droit commun conduit à refuser une telle reconnaissance de l'efficacité de l'instrument visé,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

**Que la Commission des Communautés européennes incite les Etats membres de l'Union sur la base des dispositions de l'article 220 du traité de Rome à conclure une convention européenne sur la force probante des actes publics.**

## **Troisième commission L'exécution du Contrat**

**Rapporteurs : Patrick ALLART  
Jean-Luc GAULLIER**

**1<sup>re</sup> Proposition**

## **«les clauses pénales au regard des clauses abusives»**

### **CONSIDERANT :**

- que dans un objectif de sécurité juridique, il est essentiel pour la force des contrats que les clauses dissuasives de l'inexécution gardent toute leur efficacité,
- que la clause pénale, par son caractère essentiellement comminatoire, a pour objet d'empêcher l'inexécution des conventions source de préjudices,
- que le contrôle de la clause pénale s'exerce par l'intervention du juge qui peut, en application des dispositions de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil, moduler la peine prévue au contrat,
- que, par ailleurs, l'article L 132-1 du Code de la consommation répute non écrites les clauses considérées comme abusives dans les relations entre professionnels et consommateurs,
- que la clause pénale figure dans la liste des clauses abusives annexée à l'article L 132-1 susvisé,
- que ces dispositions du Code de la consommation ont pour effet de retirer toute utilité à l'article 1152 alinéa 2 du Code civil, dans les rapports entre professionnels et consommateurs,

### **LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

**Que les clauses pénales soient exclues de la liste annexée à l'article L 132-1 du Code de la consommation visant les clauses abusives.**

## **Troisième commission – 2<sup>e</sup> Proposition «les modes alternatifs de règlement des conflits»**

### **CONSIDERANT :**

- que l'encombrement croissant des tribunaux risque d'entraîner une paralysie de l'institution judiciaire,
- que la conciliation et la médiation constituent des procédés pouvant permettre une solution amiable des litiges nés ou à naître,
- que le législateur a déjà organisé, dans le cadre judiciaire, le recours à la conciliation et à la médiation,
- que cette évolution doit aussi s'inscrire dans le cadre contractuel,
- qu'il est de la mission des notaires de promouvoir les techniques contractuelles tendant au règlement amiable des conflits opposant les co-contractants,

### **LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

**Que les notaires insèrent chaque fois que cela est souhaitable, dans les contrats qu'ils reçoivent, des clauses de conciliation et de médiation.**

## **Troisième commission – 3<sup>e</sup> Proposition «la clause compromissoire»**

**CONSIDERANT :**

- qu'une décision de justice étatique est le terme ordinaire d'un règlement non négocié,
- que l'arbitrage permet de conserver entre les parties à l'instance arbitrale des relations moins conflictuelles dans un cadre confidentiel,
- que la clause compromissoire est admise dans la plupart des pays européens voisins,
- qu'il est néanmoins nécessaire d'assurer la protection du consommateur, du non-professionnel et du salarié,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

Que l'article 2061 du Code civil affirme la licéité de la clause compromissoire, en prévoyant la possibilité de l'écartier :

Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, à la demande du non-professionnel,

Dans les contrats de travail, à la demande du salarié.

## **Troisième commission – 4<sup>e</sup> Proposition «surendettement et caution»**

**CONSIDERANT :**

- que le surendettement des particuliers, nécessité sociale incontournable, constitue une atteinte réelle à la force obligatoire des contrats,
- que le nombre des personnes en état de surendettement tend à augmenter sensiblement,
- que le plan conventionnel de redressement visé à l'article L 331-6 du Code de la consommation peut comporter des mesures de report, de rééchelonnement ou de remise de dettes,
- que le cautionnement, accessoire de l'engagement du débiteur principal, devrait bénéficier des effets du plan conventionnel de redressement,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

Que les dispositions légales sur le surendettement prévoient que les effets du plan conventionnel de redressement sur l'étendue de la dette s'appliquent également à l'engagement de la caution.

## **Troisième commission – 5<sup>e</sup> Proposition «cautionnement et sécurité juridique»**

**CONSIDERANT :**

- que la situation de surendettement provient parfois de la mauvaise information de celui qui s'oblige,
- que le contrat de cautionnement connaît un essor considérable en raison de sa simplicité et du fait qu'il échappe aux principaux effets des procédures collectives,
- que l'on assiste à une banalisation de cette sûreté dont la gravité des effets est souvent mal perçue de la caution elle-même,
- que le caractère occulte de l'acte de cautionnement peut entraîner des conséquences préjudiciables pour les

ayants droit de la caution décédée,

- qu'il convient de donner à cet engagement les garanties de l'authenticité et de permettre sa révélation systématique au décès de la caution,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

Que les actes de cautionnement par les personnes physiques et d'un montant supérieur à cinquante mille francs soient établis en la forme authentique,

Qu'il soit confié au notariat la tenue d'un fichier de ces actes authentiques de cautionnement, pour en permettre la révélation aux héritiers lors de l'ouverture de la succession de la caution.

**Troisième commission – 6<sup>e</sup> Proposition  
«circulation des actes  
et simplification des formalités»**

**CONSIDERANT :**

- l'augmentation croissante du nombre des contrats internationaux et européens,
- que ces actes doivent subir de nombreuses formalités de légalisation pour leur efficacité internationale,
- que ces formalités, très différentes selon les Etats membres de l'Union, constituent une entrave à la libre circulation de ces actes dans l'Union européenne,
- qu'en raison de cette difficulté, a été élaborée une convention à Bruxelles le 25 mai 1987 destinée à améliorer la circulation des actes en particulier notariés,
- qu'à ce jour cette convention n'a été ratifiée que par la France, le Belgique, le Danemark et l'Italie,

**LE 94<sup>e</sup> CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE PROPOSE :**

Que la Commission des Communautés Européennes invite les Etats n'ayant pas encore ratifié la convention de Bruxelles du 25 mai 1987 à le faire sans délai,

Que ce texte fasse partie de "l'acquis communautaire" que les Etats souhaitant entrer dans l'Union devront obligatoirement ratifier.