

REFORME DU DROIT DES CONTRATS

Knowledge Department

N° 1 / 2016

L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations n° 2016-131 du 10 février 2016 est parue au Journal Officiel du 11 février 2016 (ci-après « l'Ordonnance »). Ce texte applicable à l'ensemble des contrats quel que soit le domaine constitue notre nouveau Code civil pour sa partie relative aux contrats, au régime de l'obligation et à la preuve. Ces textes modifient substantiellement la pratique rédactionnelle.

DROIT TRANSITOIRE

L'application dans le temps de l'Ordonnance est une question cruciale pour les opérateurs économiques à l'aune de l'ampleur et de l'importance de cette réforme.

Aux termes de l'article 9 de l'Ordonnance, cette dernière rentrera en vigueur le **1^{er} octobre 2016**. Les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'Ordonnance demeurent soumis à la loi ancienne à l'exception des dispositions suivantes qui seront d'application immédiate aux contrats en cours après le 1^{er} octobre 2016 :

- **l'article 1123** : « *Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat* » ;
- **l'article 1158** : « *Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte* » ;
- **l'article 1183** « *Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé* ».

Les instances introduites avant l'entrée en vigueur de l'Ordonnance seront jugées selon la loi ancienne tant en appel qu'en cassation.

Point pratique important, l'imprévision consacrée à l'article 1195 ne s'appliquera pas immédiatement aux contrats en cours.

FOCUS

L'insertion dans notre droit commun d'une prohibition généralisée des clauses portant un « *déséquilibre significatif* » oblige à réfléchir sur l'articulation des deux textes du Code civil et d'un texte spécial du Code de commerce.

Article 1170 du Code civil : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

Article 1171 du Code civil : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

Article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :*

[...]

2° - *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

1. UNE DISTINCTION DE NATURE ENTRE LES TEXTES DU CODE CIVIL

Du principal à l'accessoire : telle semble être l'articulation entre les articles 1170 et 1171.

L'Ordonnance met en place un système précis et complet de contrôle de l'équilibre contractuel.

L'article 1170 est strictement limité aux clauses portant atteinte à l'objet même du contrat, qui dénaturent la portée des obligations essentielles ou encore qui ont pour objet de définir les obligations essentielles des parties au contrat.

En revanche, l'article 1171 strictement limité aux contrats d'adhésion s'attache à sanctionner les clauses qui créent un déséquilibre des parties dans leurs droits et obligations sans attenter à la substance même de l'obligation essentielle du contrat. Il s'agit de contrôler les clauses qui octroient un droit, une prérogative ou un pouvoir à l'une des parties. A la différence des clauses substantielles de l'article 1170, l'article 1171 encadre les clauses accessoires.

La notion de déséquilibre significatif s'entend ainsi cumulativement d'une asymétrie contractuelle et d'un critère quantitatif (son importance) et qualitatif (son caractère injustifié). Le nouveau texte est la sanction de l'unilatéralisme injustifié d'une prérogative contractuelle.

Il convient enfin de préciser que la sanction du « *réputé non écrit* » commune aux deux articles permet à la partie qui subit le déséquilibre de faire fi de la clause sans avoir besoin d'en faire préalablement constater la nullité par le juge. Le contrôle judiciaire s'opèrera *a posteriori*.

2. UNE DISTINCTION DE DOMAINE ENTRE LES TEXTES DU CODE CIVIL ET L'ARTICLE L. 442-6, I, 2°, DU CODE DE COMMERCE

L'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce qui prohibe les clauses portant un déséquilibre significatif est d'application générale à tous les contrats d'affaires et non simplement cantonné aux seuls contrats de la grande distribution. Le texte ne comporte, en effet, aucune restriction quant à son domaine d'application.

Selon la jurisprudence, l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce vise de façon générale tous les partenaires commerciaux sans instaurer la moindre réserve concernant la nature ou la forme de leurs relations contractuelles. Cette généralité d'application a été confirmée par une décision du Conseil constitutionnel du 23 mai 2011 (n° 2011-126, QPC).

Le texte ne crée aucune réserve quant à la nature des relations commerciales qu'elles soient uniques ou habituelles ; de même, la notion de position dominante est hors de la définition du texte.

La notion de déséquilibre significatif conduit à sanctionner par la responsabilité de son auteur, la **disproportion manifeste ou l'asymétrie entre les obligations des parties s'interprétant à l'aune de l'économie globale du contrat et non selon une appréciation individuelle des clauses** (à l'inverse de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui vise une analyse individuelle des clauses incriminées).

Huit sanctions peuvent être prononcées de façon alternative ou cumulative selon la gravité de la clause litigieuse :

- la mise en jeu de la responsabilité civile extracontractuelle du contractant ;
- la clause portant déséquilibre significatif peut être réputée non écrite à la demande du contractant lésé ;
- la nullité du contrat en son ensemble pourra être prononcée si la clause incriminée est considérée comme déterminante ;
- la répétition de l'indu né de l'application de la clause litigieuse ;
- la condamnation à une amende civile d'un montant maximum de deux millions d'euros (art. L. 442-6, III du Code de commerce) au cas où l'administration ou le ministère public serait demandeur à l'action devant les juridictions civiles ;
- l'injonction faite par l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation à tout professionnel de se conformer notamment à l'article L. 442-6 en toutes ses dispositions et plus précisément à supprimer toute clause illicite portant un déséquilibre significatif ;
- le prononcé d'une amende administrative de 3000 euros (personne physique) à 15.000 euros (personne morale) maximum par injonction non suivie d'effet ;
- l'affichage ou la publication de la décision de condamnation selon des modalités définies par la juridiction saisie.

Ainsi, une entreprise devrait se voir appliquer l'article 1170 du Code civil pour les clauses principales (*ex* : les clauses limitatives de responsabilité) en relation avec l'objet même du contrat et l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce pour les clauses accessoires (clauses dites de pouvoir). Sauf à admettre que par dérogation, dès lors qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion, l'article 1171 retrouve application.

L'application des articles 1171 du Code civil et L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce devrait être distributive et non cumulative.

3. GESTION DU CONTRAT

En termes de *Contract management*, ces textes imposent pour les rédacteurs et négociateurs de contrats de mettre en place un processus de vérification contractuel et une grille de lecture de leurs clauses :

- **distinguer** précisément les clauses qui ressortent de l'objet du contrat (« clauses-objet ») et les clauses qui octroient des prérogatives aux parties (« clauses-pouvoir ») (*ex* : clauses de résiliation, de modalités de paiement, de déchéance du terme ...);
- **déterminer** pour les clauses-objet si leur mise en œuvre ne tend pas à dénaturer les obligations stipulées (*ex* : une clause limitative de responsabilité qui se confond avec une clause de restitution);
- **vérifier** si les clauses-pouvoir sont unilatérales ou réciproques. Dans l'hypothèse où elles sont unilatérales, il convient de déterminer si elles sont compensées par d'autres clauses unilatérales en sens inverse tendant à un équilibre global du contrat. A défaut, les rédacteurs devront soit **bilatéraliser** ces clauses soit réfléchir à les renégocier voire directement les **supprimer**. Le risque juridique et financier est, désormais, trop important pour laisser des clauses déséquilibrées sans contrepartie ;
- **motiver** les stipulations contractuelles unilatérales lorsqu'elles apparaissent déterminantes pour l'une des parties. Cette motivation exprimée à l'autre partie permet de faire barrage au déséquilibre significatif à condition de se ménager la preuve factuelle d'une telle motivation ;
- **conserver** les échanges contractuels afin de vérifier si le contrat est d'adhésion ou de gré à gré car le Code civil distingue désormais les deux types de contrats tant dans leur formation que dans leur régime.



Richard Marty

Of Counsel
Maître de conférences des Universités
Head Knowledge Department

D: +33 1 42 68 49 48
E : richard.marty@dentons.com