

## Le point sur...

*L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats*

« *Ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil* » confiait Bonaparte. L'inspiration de cette promesse d'éternité n'a visiblement pas touché les grands hommes qui nous gouvernent. Prenant calque sur les travaux de mise en place d'un Code civil européen menés sous égide du Parlement de Strasbourg, la réforme du droit des contrats s'emploie à défigurer un pan complet de cette œuvre juridique majeure, élément fondateur du génie Français. De Bonaparte, n'aura été conservée qu'une tradition : celle de l'aversion pour les débats démocratiques. C'est en effet par voie d'ordonnance et sans débat parlementaire de fond qu'est passée, en février 2016, la plus vaste réforme du droit des contrats que la France n'ait jamais connu depuis l'entrée en vigueur du Code civil de 1804.

Clarifier les règles et renforcer la sécurité juridique, notamment en améliorant la lisibilité et l'accessibilité du droit. Tel est l'objectif revendiqué de cette réforme d'ampleur du droit des contrats énoncé à l'article 8 de la loi d'habilitation n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

Les principales modifications issues de la réforme entrent en vigueur au 1er octobre 2016. Elles ont trait pour l'essentiel aux **conditions de formation** des contrats (I) et à la **force obligatoire** des contrats (II).

Les développements ci-après sont le fruit d'une réflexion collective des avocats du Cabinet aux fins de partager, sans concessions, notre vision sur certains points marquants de la réforme.

## I - Conditions de formation des contrats

### A. LES CONDITIONS PRECONTRACTUELLES

*Le paragraphe 2° de l'article 8 de la loi d'habilitation donne compétence au Gouvernement aux fins de simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre.*

#### 1. LES NEGOCIATIONS

##### ❖ CREATION D'UN DEVOIR GENERAL D'INFORMATION

Un devoir général d'information du cocontractant s'impose désormais dans le cadre de toute discussion contractuelle (article 1112-1 du Code civil) et oblige la partie « *qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre* » à en informer l'autre partie au contrat « *dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ».

Cette obligation porte ainsi sur les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties (alinéa 3<sup>ème</sup>). Reprenant la solution de la jurisprudence Baldus du 3 mai 2000, l'alinéa 2<sup>ème</sup> précise que ce devoir ne porte pas « *sur l'estimation de la valeur de la prestation* ».

La preuve de l'existence d'un devoir d'information pèse sur le cocontractant ignorant, alors que la preuve de son exécution pèse sur le cocontractant sachant : « *Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* ».

Il s'agit d'une disposition d'ordre public et « *les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir* » par voie contractuelle.

Le manquement à cette obligation est sanctionné par la responsabilité et le cas échéant par la nullité du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.

#### Précisions :

**Qui est le débiteur de l'obligation d'information ?** Le texte a grâce de nous préciser que le devoir d'information pèse sur celui qui connaît l'information (ou doit selon toute logique la connaître), étant précisé que la preuve de cette connaissance doit être rapportée par celui qui s'en estime créancier. Pour prouver que mon cocontractant ne m'a pas informé dans les conditions de l'article 1112-1 du code civil, il me faudra déjà apporter juridiquement la preuve que l'information non révélée était connue par ce dernier, soit à l'aide d'éléments matériels, soit par référence à des éléments de contexte (qualifications professionnelles, maîtrises techniques ou compétences personnelles).

**Quelle est la nature de l'information ?** Comme déjà précisé, cette information ne peut porter sur l'estimation de la valeur de la prestation fournie. Je n'ai donc pas à informer mon cocontractant du caractère lésionnaire de la vente opérée, même si je sais parfaitement que le prix demandé est dix fois supérieur au prix de la chose vendue sur le marché.

Elle doit par ailleurs revêtir un **caractère déterminant du consentement de celui qui ne l'a pas reçue**. C'est une fois de plus au créancier de l'obligation qu'il incombera de démontrer que l'information non-fournie était pour lui essentielle et, pour utiliser un langage désormais exclu des dispositions du code civil, contribuait à la cause de son engagement. Il ne semble pas nécessaire que le débiteur de l'obligation d'information ait eu préalablement connaissance de ce qui constituait les éléments déterminants du consentement du créancier. À cet effet, le texte ne parle pas d'une information « que l'on sait déterminante » pour l'autre partie mais d'une information « dont l'importance est déterminante » pour l'autre partie. Cette rigidité pose une difficulté que la jurisprudence aura rapidement à trancher. Car en effet, faute de demander au créancier de l'obligation d'information de coucher contractuellement une liste limitative de l'ensemble des éléments qu'il considère, au moment de la formation du contrat, comme déterminants de son consentement, le débiteur pourrait se voir opposer à tout va un défaut d'information engageant sa responsabilité ou attaquant la validité du contrat.

Après avoir démontré que l'information non fournie était déterminante pour son consentement à l'acte, le créancier de l'obligation d'information aura de façon cumulative à démontrer soit qu'il était « **légitime à ignorer** » **cette information** soit qu'il a **fait « confiance » à son cocontractant**. Ici encore, le verbe employé laisse perplexe. Si l'on voit bien à quoi peut se rattacher la notion d'ignorance légitime, notamment connue en droit de la consommation, celle de « confiance » est originale en droit français. La notion d'« attente légitime » à laquelle a recours le droit de la consommation en matière d'obligation de sécurité ou de conformité, pourrait permettre au juge d'en définir la portée. Un

*rapprochement est également possible avec les notions connues en common law, de « reliance » ou d' « expectation » qui consacrent la valeur de « l'attente légitime » du créancier d'un engagement.*

#### ❖ OBLIGATION DE CONFIDENTIALITE DANS LES NEGOCIATIONS

Dans l'ordonnancement juridique actuel, une jurisprudence établie impose aux participants de respecter la confidentialité des informations obtenues au cours des négociations (*Cass. Com, 3 octobre 1978, n°77-10.915*). S'inspirant des projets d'harmonisation européens, la réforme a introduit cette obligation à l'article 1112-2 du Code civil. Nul ne peut dès lors utiliser ou divulguer sans autorisation les informations confidentielles obtenues au cours des négociations. Le préjudice découlant de l'utilisation d'une telle information est réparé soit par l'action en concurrence déloyale à défaut d'accord de négociation, soit par la responsabilité contractuelle en présence d'un tel accord. Ce texte généralise considérablement le principe jurisprudentiel de confidentialité en l'insérant dans le droit commun des contrats. Il a vocation à s'appliquer à tout type de négociation précontractuelle.

## 2. LA VALIDITE DU CONTRAT

---

#### ❖ CONTENU LICITE ET CERTAIN

Le Code Civil, en sa rédaction actuelle, pose quatre conditions essentielles pour qu'une convention soit valide :

- le consentement de la partie qui s'oblige ;
- sa capacité de contracter ;
- un objet certain qui forme la matière de l'engagement et,
- une cause licite dans l'obligation.

La notion de « cause » avait donné lieu à une jurisprudence abondante et fluctuante. Elle se trouve tout simplement sortie du Code civil et remplacée par la notion de contenu. Désormais, l'article 1128 du code civil prévoit que « *sont nécessaires à la validité d'un contrat* :

- 1° *Le consentement des parties ;*
- 2° *Leur capacité de contracter ;*
- 3° *Un contenu licite et certain »*

#### Précisions :

*La portée de cette substitution reste à déterminer. Jusqu'à présent, la notion de contenu n'était utilisée qu'en matière de preuve pour désigner l'instrumentum de l'acte juridique. Il appartiendra à la jurisprudence d'interpréter à nouveau la notion dans ce cadre et si nécessaire, d'en redéfinir l'étendue.*

#### ❖ L'ASSIMILATION DE L'ABUS DE DEPENDANCE A LA VIOLENCE

Le Code civil tel qu'on le connaît prévoit que le consentement à un acte est vicié par l'erreur, le dol ou la violence. Reprenant un courant jurisprudentiel ayant admis la notion de « *violence économique* » (notamment *Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 3 avril 2002, n°00-12932*), l'ordonnance assimile désormais la notion d'abus de dépendance à la violence.

À ce titre, le nouvel article 1143 précise qu'il y a « *également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

Les conditions d'application de la violence pour abus de dépendance sont pourtant originales. En effet, pour que telle violence soit caractérisée, trois conditions sont requises :

1. L'une des parties doit se trouver contractuellement dans un « *état de dépendance* ». Les dispositions de l'article ne se cantonnent pas pour autant à la dépendance économique telle que connue en jurisprudence commerciale notamment.
2. La partie en position de force doit avoir eu l'intention d'abuser de cet état de dépendance aux fins d'obtenir de son cocontractant « *un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte* ».
3. En outre, il faut que cet abus procure à la partie forte un « *avantage manifestement excessif* », c'est-à-dire une concession qui dépasse manifestement ce qui correspond à l'usage ou à la norme des concessions normalement faites par des contractants non soumis à dépendance.

Précisions :

*Ce texte inquiète. Il constitue à n'en pas douter un foyer d'insécurité juridique susceptible de contaminer des pans entiers du droit. Car, en effet, alors que l'on décorrèle la notion de dépendance de son acception connue et éprouvée en droit commercial ou en droit du travail, les portes semblent grandes ouvertes à toutes les dérives. Au sens du nouveau texte, tout contrat peut tomber sous le joug d'une annulation pour autant que trois éléments ci-avant évoqués soient réunis.*

- **Un dépendant** : *celui qui subit la « contrainte-dépendance » et que cette pression interne ou externe détermine à contracter. A défaut de précisions, ce qualificatif tend à pouvoir s'appliquer de façon large à tout type de situation de dépendance : un état de nécessité, une vulnérabilité liée notamment à l'âge, la maladie ou à une situation économiquement précaire et pourquoi pas une dépendance affective. Le dépendant est en filigrane la partie subissante, le faible du contrat, celui qui agit sous la détermination de la contrainte.*
- **Un abuseur** : *celui qui profite de la situation du dépendant et n'ignore pas le périmètre des contraintes subies par ce dernier. Déterminé par de cette élément qu'il voit d'un œil profitable, il s'engage dans la relation contractuelle avec l'intention d'exploiter la contrainte à son seul profit.*
- **Un avantage excessif** : *pour ne pas dire un prix bas au regard de ce qui est constaté dans les usages de marché dans les contrats passés dans des conditions équivalentes dans des opérations où n'existe pas de « contrainte-dépendance ».*

*Les exemples de mise en jeu de cette nouvelle possibilité d'annulation des contrats sont légion : que penser du cas du couple qui, se trouvant acculé dans de très lourdes difficultés économiques et ayant un besoin urgent d'argent, vend les bijoux de famille à un tiers sentant la belle affaire et négociant un achat en lot à un prix très bas au regard des valeurs usuelles de marché ? Que penser du cas de l'amoureux transi qui, prisonnier des caprices de sa belle, lui prête des sommes d'argent inconsidérées à taux zéro et remboursables sur 40 ans ?*

*Au risque de toutes les dérives, une jurisprudence est à bâtir au plus vite autour d'arrêts de principe qui devront encadrer ce sujet. Gageons donc que la portée juridique de ces dispositions dépendra pour l'essentiel des vues et prismes idéologiques de la Cour de Cassation dans les années qui viennent.*

*Car au plan des principes, c'est bien la théorie du juste et de l'utile qui remporte la mise dans le cadre de cette réforme, mettant à mal la très classique théorie de l'autonomie de la volonté, fruit d'une tradition française bicentenaire. Avec l'abus de dépendance, le juge voit son pouvoir renforcé avec pour mission d'assumer a posteriori le magistère moral du contrat.*

*C'est en effet aux fonctionnaires de l'Etat que le législateur délègue le pouvoir de porter un jugement moral sur l'équité du contrat au regard des situations individuelles des cocontractants pouvant conduire à l'annulation de l'acte pour que triomphe l'égalité réelle de contractants subissant des situations de contraintes très inégales.*

*Cette entrée insidieuse de l'égalitarisme dans le droit contractuel pourrait, comme dans nombre de matières où l'interventionnisme est de mise, aboutir à des effets pervers. Il est à craindre que seul le bien portant, le prospère, le bien solvable et le bien éclairé ne deviennent des partenaires contractuels de confiance. Pour la cohorte des autres, traditionnellement admis à l'égalité par le jeu de l'autonomie de la volonté, il est envisageable qu'en fait de « dépendants », ils ne deviennent que des « suspicieux » avec lesquels il serait périlleux de traiter.*

---

## B. LE CONTENU DU CONTRAT

### 1. LA CONSECRATION DES CLAUSES ABUSIVES

---

L'ordonnance consacre deux principes relatifs aux clauses abusives :

1. L'article 1170 du Code Civil reprend les principales tenues de la jurisprudence Chronopost (Cass. Com., 22 octobre 1996, n°93-18632) en ce qu'il répute non écrite « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ».

Ainsi, une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite. Elle n'est prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance cette obligation essentielle.

Cette disposition compose le nouveau droit commun des contrats, dès lors, elle s'applique à tous les contrats sans distinction. Le juge a donc charge de déterminer pour chaque contrat quelle obligation essentielle il engendre pour le débiteur, les parties gardant toutefois la possibilité de le préciser de leur propre chef dans la rédaction du contrat.

2. S'inspirant de la Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives, l'ordonnance introduit un principe selon lequel « 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 ». Sur le fondement des dispositions de l'article 1110 du Code Civil, est un contrat d'adhésion « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

### 2. LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF DANS LES CONTRATS D'ADHESION

---

Le nouvel article 1171 du Code Civil dispose que : « 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 ».

Sont bien concernés les contrats passés entre professionnels, la question des contrats d'adhésion passés dans le cadre d'une opération soumise au droit de la consommation étant réglée par le jeu du droit des clauses abusives visé aux articles 132-1 et suivants du Code de la consommation.

Ce sont donc bien les géants du web, les opérateurs télécom et autres fournisseurs de services cloud ou les incontournables des réseaux qui doivent les premiers trembler. La portée de ces nouvelles mesures pourra sans nul doute s’inspirer de la jurisprudence construite autour de l’article L 442-6 du Code de commerce.

### 3. ROLE ACCRU DU JUGE DANS L’INTERPRETATION CONTRACTUELLE

La réforme introduit de nombreux critères généraux impliquant une multitude d’interprétations et ce faisant, un rôle accru du juge dans l’interprétation contractuelle. Très largement inspirés du droit anglo-saxon, de nombreux concepts à interprétation variable font leur entrée en droit français à travers des termes comme :

- « *raisonnable* » ou « *raisonnablement* » : articles 1116, 1117, 1123, 1158, 1188, 1195, 1197, 1211, 1218, 1222, 1226, 1231, 1245-3, 1301-1, 1307-1
- « *manifeste* » ou « *manifestement* » : articles 1141, 1143, 1220, 1221, 1231-5
- « *légitime* » ou « *légitimement* » : articles 1112-1, 1156, 1166, 1245-3, 1342-1, 1345, 1346
- « *grave* » ou « *gravement* » : articles 1219, 1220, 1224, 1382
- « *essentiel* » : articles 1114, 1124, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136, 1170, 1186

## II - La force obligatoire du contrat

### A. LES EFFETS DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES

#### 1. INTRODUCTION DE LA THEORIE DE L’IMPREVISION EN DROIT FRANÇAIS

Le paragraphe 6° de l’article 8 de la loi d’habilitation autorise le Gouvernement à préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties, en consacrant notamment le changement imprévisible de circonstances. Y déférant, l’ordonnance met fin à la jurisprudence *Canal de Craponne* (Cass Civ, 6 mars 1876) en introduisant la notion d’imprévision dans le Code civil au sein du nouvel article 1195 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.* »

*En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe ».*

#### Précisions :

*La portée de la disposition est limitée par son caractère supplétif. Gageons que nombre de contrats négociés et signés postérieurement à l’entrée en vigueur de la loi prendront soin d’intégrer une clause type d’acceptation des risques ou des clauses de « hardship » encadrant les modalités de l’imprévision. Les contrats reconduits tacitement postérieurement à l’entrée en vigueur de la loi seront certainement les plus exposés au jeu de l’imprévision légale.*

*Sur le fond, la disposition constitue néanmoins une véritable nouveauté dans la droite ligne du mouvement de judiciarisation du droit des contrats omniprésent dans la réforme. Ici encore, voici que le juge trouve à sortir de son rôle de magistrat chargé de rendre la justice et d’appliquer la loi, pour endosser alternativement celui d’un*

*rédacteur d'actes ou de gardien censeur de la bonne équité du contrat, auquel il peut mettre fin à la demande d'une partie.*

## 2. LA DUREE DU CONTRAT

---

### ❖ CONCERNANT LES ENGAGEMENTS PERPETUELS

Le nouvel article 1210 du Code Civil pose en principe que : « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ».

La prohibition des contrats perpétuels n'est pas nouvelle. En effet, un ensemble de dispositions particulières la prévoyait, notamment pour le louage de services, pour le contrat de société, pour le bail, pour le dépôt ou pour le mandat. Selon la jurisprudence, est un engagement perpétuel l'engagement qui n'est affecté d'aucun terme extinctif défini, sans pour autant être à durée indéterminée, ou lorsqu'il a une durée déterminée excessive. Avant la réforme du droit des contrats, l'engagement perpétuel était sanctionné par la nullité. À compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, l'engagement perpétuel sera disqualifié en contrat à durée indéterminée sanctionné par la résiliation unilatérale.

### ❖ CONCERNANT LE RENOUVELLEMENT ET LA TACITE RECONDUCTION DU CONTRAT

Les articles 1214 et 1215 du Code Civil envisagent respectivement les facultés de renouvellement et de tacite reconduction des contrats à durée déterminée donnant naissance à un contrat à durée indéterminée :

Article 1214 du Code Civil: « *Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée* ».

Article 1215 du Code Civil : « *Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat*».

#### Précisions :

*La notion de tacite reconduction, si fréquemment utilisée dans la pratique contractuelle, gagne sa place dans le Code civil. Toutefois, il n'y a aucune nouveauté réelle dans ce texte qui reprend pour l'essentiel les tenues d'une jurisprudence assise sur le sujet. Les dispositions des articles précités ont un caractère supplétif et les parties peuvent y déroger librement.*



## B. L'INEXECUTION DU CONTRAT

### 1. REDUCTION UNILATERALE DU PRIX EN CAS D'EXECUTION IMPARFAITE DU CONTRAT

L'ordonnance généralise une sanction inspirée des projets d'harmonisation européens et déjà connue du Code civil : la réduction du prix. En effet, le nouvel article 1223 offre la possibilité au créancier d'*accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix*.

Le prix de tout contrat peut désormais se voir réduit dans les cas d'exécution imparfaite. Le texte prévoit des modalités formelles distinctes en fonction du paiement du prix ou non par le créancier :

1. S'il a déjà payé, il peut solliciter une réduction du prix proportionnellement à la gravité de l'inexécution ;
2. S'il n'a pas encore payé, il notifie à son cocontractant sa décision de réduire le prix, dans les meilleurs délais.

La notification d'intention de réduction de prix ne peut intervenir qu'après mise en demeure adressée au débiteur d'exécuter parfaitement son obligation.

### 2. RESOLUTION UNILATERALE PAR NOTIFICATION DU CREANCIER

L'article 1226 introduit dans le Code civil une procédure de résolution unilatérale par notification du créancier de l'obligation non exécutée et consacre une ligne jurisprudentielle ayant déjà défini les contours de la résolution unilatérale par notification. Déjà, la Cour de Cassation avait admis que « *La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* » et que « *cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 13 octobre 1998, n°96-21485).

Est ainsi consacrée une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse, entre les deux modes de résolution : judiciaire ou unilatérale.

La résolution unilatérale par notification obéit pour autant à un certain formalisme :

1. Préalablement, le créancier doit « *mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat* ».
2. En cas d'urgence, le créancier est dispensé de cette formalité.
3. Si l'inexécution persiste, « *le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent* ».

#### Précisions :

*Ces dispositions qui ne sont pas d'ordre public ne sont pas dénuées d'intérêt pratique. Le principal défi des jurisprudences à intervenir sur le sujet sera probablement de borner la portée et la précision des motivations devant être données par l'auteur de la résiliation. S'il est peu probable qu'elles conscrivent de façon tatillonne le litige, comme en matière prud'homale, il n'est pas à douter qu'elles fussent suffisamment explicites pour permettre au débiteur de comprendre les raisons de la sanction lui étant notifiée.*