

**Un bilan 6 ans après
de la réforme du droit
français des contrats
par l'ordonnance du
10 février 2016**

***Conférence du Cercle
Montesquieu du 12 avril 2022***

Joseph Vogel



PLAN

Introduction : un bilan plus équilibré qu'on ne pouvait le craindre

Partie I – Le droit positif issu de la réforme relatif à la naissance du contrat

Partie II – Le droit positif issu de la réforme relatif à la vie du contrat

Partie III – Le droit positif issu de la réforme relatif à l'inexécution et à la fin du contrat

Conclusion

Le bilan de la réforme peut être effectué par rapport aux **inquiétudes qu'elle avait suscitées** tant sur la méthode que sur le fond.

Inquiétudes quant à la méthode :

- Projet rédigé sans réelle consultation préalable du monde des affaires.
- Voie de l'ordonnance : pas de discussion parlementaire complète et approfondie.
- Une réforme en chambre.

Inquiétudes quant au fond :

- En termes de sécurité juridique :
 - **Juxtaposition de 3 droits des contrats** selon la date de conclusion du contrat (régime ancien de 1804 avant le 1^{er} octobre 2016, régime intérimaire du 1^{er} octobre 2016 au 1^{er} octobre 2018, nouveau régime après le 1^{er} octobre 2018) du fait de la règle générale de survie de la loi ancienne applicable aux contrats en cours
 - **Tentation d'application du droit nouveau** aux contrats antérieurs par l'interprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau (réaction du Parlement contre la rétroactivité y compris pour les effets légaux des contrats et les règles d'ordre public, mais échappatoire de l'interprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau).
 - **Risque d'insécurité juridique et de moindre lisibilité** du droit des contrats (substitution de concepts précis et définis par la jurisprudence par des notions plus floues soumises à un nouveau débat jurisprudentiel, codification partielle, articulation peu claire avec les droits spéciaux, incertitude sur le caractère supplétif ou impératif de certaines dispositions)

Inquiétudes quant au fond :

- En termes d'efficacité et d'efficience du droit français :
 - **Protectionnisme juridique** plus important et **fragilisation de la force obligatoire** du contrat
 - **Perte d'attractivité du droit français**

Ces craintes se sont **en partie confirmées** mais de façon beaucoup moins intense qu'on ne pouvait le craindre.

Il y a eu certes des **périodes de flottement** dans l'application du nouveau droit des contrats :

- Hésitations **quant à la rétroactivité** de certaines dispositions.
- **Quelques revirements** de jurisprudence de « transition » :
 - Revirement ponctuel affirmé du droit ancien à la lumière du droit nouveau :
 - Cass, ch. mixte, 24 févr. 2017 : tenant compte de « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », une chambre mixte a opéré un revirement de jurisprudence décidant que le texte de la loi Hoguet vise la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire et sa méconnaissance est sanctionnée par une nullité relative ;
 - Soc., 21 sept. 2017 : distinction de l'offre et de la promesse unilatérale de contrat de travail.

- Revirement camouflé mais limité inspiré par le droit nouveau :
 - Com., 6 déc. 2017 : « si les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition, ils ne peuvent établir au profit d'une partie une présomption irréfragable » ;
 - Com., 7 févr. 2018 : reprise de l'article 1230 du Code civil selon lequel « la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution » ;
 - Cass. 3^{ème} civ., 23 juin 2021, n° 20-17554 ; 8 juill. 2021, n° 19-26342 et 20 oct. 2021, n° 20-18514 : revirement de jurisprudence relatif aux promesses de vente revenant sur la jurisprudence Consorts Cruz de 1993.
- **Adoption assez tardive** de solutions pour trancher les questions en suspens.
- **Insécurité juridique** liée à l'interprétation de certaines dispositions.

Mais **globalement, le bilan est plus équilibré** qu'on ne pouvait le craindre :

- Le **principe de non-rétroactivité** de la loi nouvelle a cependant été **respecté** de façon majoritaire.
- Les **dispositions pouvant générer le plus d'incertitude** ont été **neutralisées** (exemple de l'imprévision) ou **contournées** (clauses abusives et généralisation de la rupture de relations établies par la pratique ou la jurisprudence).
- La jurisprudence a **exploité de façon extensive** les dispositions les plus libérales (liberté contractuelle, interdiction des contrats perpétuels).
- Même s'il y a eu certains **effets négatifs**, ils demeurent **limités**.

Les **problèmes juridiques auxquels sont confrontées les entreprises actuellement** trouvent plutôt leur source ailleurs que dans la réforme du droit des contrats :

- Un **fonctionnement toujours peu efficient** de la justice,
- L'adoption de **règles procédurales tatillonnes** sans aucun effet positif sur les délais judiciaires (conciliation préalable, formalisme de l'appel, délais imposés aux parties, exécution provisoire de plein droit),
- Toujours **pas de protection de la confidentialité des avis des juristes** d'entreprise,
- Des **contraintes administratives renforcées** (réglementation des délais de paiement impossible à respecter, formalisme des conventions uniques avec déplafonnement des amendes),
- Une **substitution de l'administration** (avec des pouvoirs de sanctions administratives propres) au juge judiciaire **dans un nombre croissant de domaines**.

PARTIE I – LE DROIT POSITIF ISSU DE LA RÉFORME RELATIF A LA NAISSANCE DU CONTRAT

A. La conclusion du contrat

B. La validité du contrat

A. LA CONCLUSION DU CONTRAT

- 1) **Une large reconnaissance du droit de ne pas contracter**
- 2) **Une invocation fréquente mais généralement peu couronnée de succès du devoir d'information précontractuel**
- 3) **Une plus grande attention à apporter à la bonne foi dans la formation du contrat**
- 4) **Une invocation fréquente mais rarement suivie de la rupture abusive des négociations précontractuelles**
- 5) **Le respect des pactes de préférence**
- 6) **Le revirement de jurisprudence en matière de promesses unilatérales de vente**

1) Une large reconnaissance du droit de ne pas contracter

- Le nouveau droit issu de l'ordonnance apparaît **plutôt libéral s'agissant du droit de ne pas contracter**.
- Il affirme en effet toute une série de principes très **favorables à la liberté contractuelle** :
 - la liberté de contracter ou de ne pas contracter ;
 - la liberté de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée ;
 - la faculté de résilier un contrat à durée indéterminée ;
 - l'interdiction des contrats perpétuels.
- Le nouveau droit a largement **inspiré les solutions jurisprudentielles en matière de refus d'agrément** d'un candidat au sein d'un réseau de distribution sélective.

Un ancien membre d'un réseau de distribution ou de réparation bénéficie-t-il d'un droit automatique à redevenir membre du réseau à l'issue de son contrat ?

- ✓ Cass. com., 16 fév. 2022, n° 21-10.451, Automobiles Jean-Paul Benmeleh / Hyundai Motor France
- ✓ Cass. com., 16 fév. 2022, n° 20-18.615, Safirauto, 74 Diffusion Auto, Santhibe et La Baja / Hyundai Motor France
- ✓ Cass. com., 16 fév. 2022, n° 20-11.754, Garage de Bretagne / Mercedes-Benz France

a) *Il n'existe pas d'obligation d'agrément au regard du droit civil*

- Le principe de la liberté contractuelle et la prohibition des engagements perpétuels s'opposent à la reconnaissance d'un droit à l'agrément d'un ancien membre du réseau de distribution.
- L'obligation de bonne foi contractuelle n'impose à la tête d'un réseau de distribution ni de définir ni d'organiser un processus de sélection des distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et d'appliquer ceux-ci de manière non discriminatoire.
- Un constructeur qui n'a pas pris l'engagement d'examiner les candidatures de concessionnaires sortants n'engage pas sa responsabilité en ne contractant pas avec eux.

b) Il n'existe pas d'obligation d'agrément automatique au regard du droit de la concurrence d'un candidat sortant qui souhaite redevenir membre d'un réseau de distribution ou de réparation

➤ S'agissant de l'entrée dans un réseau de distribution

- Dans un réseau de distribution sélective, qu'il soit quantitatif, ou quantitatif et qualitatif, dans lequel aucune partie ne détient plus de 30% de parts de marché, le refus de la tête de réseau d'examiner les candidatures de concessionnaires sortants en qualité de distributeurs, échappe à l'application des articles 101 §1 TFUE et L.420-1 du code de commerce.
- Le refus de la tête d'un réseau de distribution sélective d'examiner la candidature d'un ancien distributeur sur la base de critères qualitatifs prédéfinis échappe à l'application des articles 101 §1 TFUE et L.420-1 du code de commerce dès lors que la part de marché des parties est inférieure à 30% et que le contrat ne contient aucune restriction caractérisée.

➤ **S'agissant de l'entrée dans un réseau de réparation**

- Ni le droit européen, ni le droit national de la concurrence ne prohibent le seul refus, par la tête d'un réseau de distribution sélective qualitative, d'agréeer des distributeurs qui remplissent les critères de sélection, en l'absence de preuve que celui-ci a un objet ou un effet anti-concurrentiel.
- Seule une mise en œuvre discriminatoire des critères de sélection par la tête d'un réseau de distribution sélective qui a pour objet ou effet de fausser la concurrence ou un refus d'agrément ayant la même objet ou effet sont prohibés par les article 101 §1 TFUE et L.420-1 du code de commerce, au contraire du seul refus.

En tout état de cause, le refus de proposer un nouveau contrat à un réparateur agréé qui partage les mêmes gérants et coopère activement avec un distributeur résilié pour faute n'est pas fautif.

Points positifs :

- Confirmation de l'application de la jurisprudence Fiat / Cachia à la distribution sélective qualitative.
- Absence d'automatisme d'un droit à nouvel agrément d'un membre d'un réseau de distribution ou de réparation.

Points en suspens :

- Refus de prendre position sur le caractère unilatéral dans de nombreux cas d'un refus d'agrément.
- Discussion non tranchée du marché amont des contrats ou aval des produits sur lequel intervient le refus d'agrément.

2) Une invocation fréquente mais généralement peu couronnée de succès du devoir d'information précontractuel

- Nouvel **Art. 1112-1** :

« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

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.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

- Un devoir qui ne peut être ni limité ni exclu ;
 - Un devoir large : toutes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ;
 - Un devoir qui ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ;
 - Un devoir qui bénéficie à celui qui, légitimement, « *ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ».
- Glissement d'une approche objective des relations contractuelles vers une conception subjective.

- Le texte **commence a être invoqué.**
- **Première illustration en matière de cession de fonds de commerce** : Versailles, 4 nov. 2021, n° 20/02387, RJDA, 2022, 193.

Lors de la cession d'un fonds de commerce portant sur une activité d'impression par une société à une autre société, l'un des commerciaux de la société cédante avait été transféré, avait contesté ce transfert et conclu une transaction avec la société cédante. Il était devenu par ailleurs actionnaire de la société acquéreuse.

Un an plus tard, la société acquéreuse avait reproché à la cédante d'avoir manqué à son obligation d'information et de loyauté lors des négociations en ne l'ayant pas informée de la transaction conclue avec le salarié et avait réclamé des dommages-intérêts.

Sa demande est rejetée car la négociation et la transaction conclue entre le commercial et la société cédante n'étaient pas en lien direct avec le contenu du contrat de cession du fonds de commerce ou avec la qualité des parties et n'avaient donc pas eu une importance déterminante pour le consentement de la société acquéreuse :

- transaction concernant la compensation pour diminution de commissions du commercial après le transfert du contrat de travail et donc uniquement pour le commercial ;
- aucun engagement à ce sujet dans l'acte de cession ;
- aucun rapport avec la valorisation du fonds de commerce ;
- aucun conflit entre l'acquéreur et le commercial car licenciement postérieur de 3 ans à la cession fondé sur une inaptitude médicale ;
- aucun effet sur la cession si l'information avait été connue.

- Nombreuses invocations devant les juges du fond mais **rejet quasi-général des demandes de nullité** :
 - ❖ Décisions rendues sur le fondement de l'article 1112-1 mais écartant un défaut d'information :
 - Paris, 5-16, 1^{er} févr. 2022; n° 19/03438 (vente aux enchères)
 - Aix, 1-1, 25 janv. 2022, n° 19/03217 (vente d'un appartement, surélévation d'un immeuble voisin mais affichage du permis sur la voie publique)
 - Amiens, ch. éco., 1^{er} juin 2021, n° 20/00864 (absence de défaut d'information d'une banque prêteuse sur le peu de succès d'une activité de location courte durée de motos et de scooters).

- Poitiers, 2^{ème} civ., 17 nov. 2020, n° 19/01947 : défaut d'information allégué en soi.

- ❖ **Décision ayant fait droit à une demande fondée sur un défaut d'information :**
 - Paris, 5-3, 8 sept. 2021, n° 19/15206 : défaut d'information sur les conditions du bail commercial applicable.

Mais **inquiétude persistante des franchiseurs**
que le devoir d'information général aille au-delà
du devoir spécifique de la loi Doubin.

3) Une affirmation appuyée de la bonne foi dans la formation du contrat qui peut effectivement conduire à une responsabilité renforcée

- Traditionnellement, l'ancien droit prévoyait que « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* » (Art. 1134, alinéa 3).
- L'ordonnance prévoit que le principe de la bonne foi doit désormais présider non seulement à l'exécution du contrat mais également à sa négociation et à sa formation (**Art. 1104** : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. « Cette disposition est d'ordre public* »).

- Une **illustration récente** à propos d'un refus d'agrément d'une candidature à l'occasion de négociations portant sur la reprise d'une concession :

T. com. Paris, 19^{ème} ch., 2 mars 2022, Meny Nancy / Opel France.

Selon le jugement (très critiquable), le concessionnaire avait identifié **2 repreneurs possibles** en plus de celui pressenti par la marque pour la cession de ses fonds de commerce de Nancy et l'un d'entre eux au moins était acceptable pour la marque puisqu'il a été **finalement nommé concessionnaire**.

Le jugement **reproche à la marque d'avoir été informée très étroitement des discussions** avec le repreneur pressenti et d'avoir maintenu l'exclusivité donnée au repreneur pressenti même une fois qu'il fut devenu clair que l'ancien concessionnaire ne trouverait pas d'accord avec cette société.

Le jugement considère qu'**en refusant l'agrément de deux repreneurs potentiels** et en maintenant ce refus une fois qu'il fut devenu clair qu'aucun accord ne serait possible avec le repreneur pressenti par la marque **et en refusant toute flexibilité sur la date de fin des contrats** de concession qui aurait permis de conclure une cession avec le groupe désigné *in fine* comme concessionnaire, la marque « *a entravé de manière illégitime les possibilités de reprise de son concessionnaire* », « *a agi sans bonne foi* » et lui « *a causé un préjudice* ».

4) Une invocation fréquente mais rarement suivie de la rupture abusive des négociations précontractuelles

- L'ordonnance a introduit dans le Code civil une sous-section consacrée aux négociations.
- **Art. 1112 :**
 - principe de liberté dans la phase précontractuelle, limité par la bonne foi ;
 - consécration de solutions jurisprudentielle classiques : responsabilité délictuelle en cas de faute commise dans les négociations ; la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu ne doit pas être prise en compte dans le calcul des dommages-intérêts (Cass., 26 novembre 2003, « Manoukian »).

Une invocation régulière devant les juges du fond :

❖ admise de temps à autre :

- Paris, 5-9, 16 sept. 2021, n° 19/11665 : poursuite de négociations sans véritable intention de parvenir à un accord, engagement de la responsabilité extra-contractuelle ;
- Paris, 2^{ème} ch. 1, 28 janv. 2019, n° 18/03076 : responsabilité contractuelle.

❖ mais souvent refusée :

- Poitiers, 2^{ème} ch., 30 avr. 2019, n° 18/00165 : durée longue des négociations mais impossibilité de se mettre d'accord sur les conditions de l'acquisition ;
- Nîmes, 1^{ère} ch. civ., 26 nov. 2020, n° 19/00030 : rupture liée à la fixation d'un court délai non accepté ;
- Basse-Terre, 2^{ème} ch. Civ., 15 nov. 2021, n° 19/00858 : désaccord justifié par les conditions financières proposées.

Protection des informations confidentielles obtenues dans le cadre des pourparlers

- **Art. 1112-2** : « *Celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.* »
- Stipulation d'une clause de confidentialité pour s'assurer de la confidentialité de telle ou telle information.

5) Le respect des pactes de préférence

- Pacte de préférence :
 - Codification de la jurisprudence : le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, si le tiers a eu connaissance de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.
 - Innovation : l'action interrogatoire.

Une **décision intéressante** a été rendue le 16 février 2022 par la Cour de cassation, n° 20-16.869, Sté Distribution Casino France, **sur les modalités de respect du pacte de préférence** :

- en vue d'exploiter un fonds de commerce d'alimentation, un commerçant conclut avec une enseigne un **contrat d'approvisionnement**
- le contrat **comporte un pacte de préférence** au profit de l'enseigne en cas de cession du fonds **avec un délai de 3 mois** à compter de la réception du projet de cession du fonds pour faire connaître au détaillant sa décision de se porter acquéreur aux conditions de la vente envisagée
- par lettre du 28 février, le commerçant notifie à l'enseigne sa **décision de ne pas renouveler le contrat** à l'échéance, le 4 juin, et le 7 juin vend son fonds à un tiers

- L'enseigne réclame alors des dommages-intérêts pour violation du pacte de préférence.
- La Cour d'appel de Riom rejette la demande car selon elle, la cession du fonds avait été réalisée après la fin du contrat de sorte que le pacte de préférence n'avait pas été violé.
- La Cour de cassation casse la décision car le pacte de préférence implique l'obligation, pour le promettant, de donner préférence au bénéficiaire lorsqu'il décide de vendre le bien et de lui faire connaître les conditions particulières de la vente avant la réalisation de celle-ci.
- En l'espèce, la date de la cession était incompatible avec l'exercice effectif de l'information due à l'enseigne sur le projet de vente.
- La solution, rendue sous l'empire de l'ancien droit, est transposable sous le nouveau droit.

6) Un revirement de jurisprudence inspiré du droit nouveau applicable au droit ancien en matière de promesse unilatérale de vente

- **Droit antérieur à 2016** (jurisprudence Consorts Cruz de 1993, Cass. 3^{ème} civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199) : « *tant que les bénéficiaires [d'une promesse de vente] n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et... la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* ».
 - La rétractation de la promesse par le promettant durant le délai d'option ne pouvait être sanctionnée que par des dommages-intérêts.

- **Nouvel article 1124** du Code civil issu de la réforme du droit des contrats :
« La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ».
- **Conséquence** : disparité de régime applicable selon que la promesse a été conclue avant ou depuis le 1^{er} octobre 2016.
- **Revirement le 23 juin 2021** (Cass. 3^{ème} civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554) : le promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente *« s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire ».*

Motivation de la solution **par la nature d'obligation de faire** et à l'ancien article 1142 du Code civil.

- **Confirmation du revirement** par Cass. 3^{ème} civ., 20 oct. 2021, n° 20-18.514 sur le fondement de la force obligatoire des contrats (art. 1134 C. civ.) : la cour d'appel avait refusé d'ordonner l'exécution forcée de la promesse. Cassation car « *en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu le caractère ferme et définitif de l'engagement du promettant et relevé que la promesse ne prévoyait aucun délai pour lever l'option d'achat, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».
- **Enseignements pratiques** :
 - **Toujours prévoir expressément un délai d'option** dans le contrat de promesse unilatérale si l'on souhaite éviter que le promettant soit tenu indéfiniment ou tenu de mettre le bénéficiaire en demeure de se prononcer dans un délai raisonnable ;
 - Éviter la solution résultant du revirement par une **stipulation expresse** prévoyant contractuellement qu'en cas de rétractation fautive, le bénéficiaire ne pourra prétendre qu'à des **dommages-intérêts**.

B. LA VALIDITÉ DU CONTRAT

- 1) **L'extension du vice de violence à l'abus d'un état de dépendance : réticence des juges du fond et jurisprudence plus favorable de la Cour de cassation.**
- 2) **Le contenu du contrat :**
 - La sanction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion
 - Le règlement, tardif, de l'articulation entre le droit civil des clauses abusives et le déséquilibre significatif du Code de commerce

1) L'extension du vice de violence à l'abus d'un état de dépendance : réticence des juges du fond, jurisprudence plus favorable de la Cour de cassation

- Dans le Code civil, la violence ne pouvait émaner que d'une personne.
- La jurisprudence a cependant étendu le vice de violence à la **contrainte économique** : l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique peut constituer un vice de violence susceptible d'emporter l'annulation du contrat, sous 3 conditions restrictives :
 - une situation de dépendance économique ;
 - une exploitation abusive de celle-ci ;
 - la preuve d'une menace directe des intérêts légitimes effectivement exercée sur la personne en situation de dépendance.

- L'ordonnance consacre, plus largement, le vice de violence résultant de l'abus de dépendance (tout court, et non plus de « dépendance économique »).
- **Art. 1143** : « *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.* »

Jurisprudence des juges du fond assez réticente à admettre l'existence d'une violence par abus de dépendance :

- Dijon, ch. soc., 17 févr. 2022, n° 20/00066 : absence de violence morale lors de la rupture du contrat que le salarié voulait lui-même ;
- Versailles, 14^{ème} ch., 12 nov. 2020, n° 19/07628 : absence de violence de la société Geopost face à des sociétés dirigées par des entrepreneurs expérimentés ayant obtenu un prix de cession très supérieur à la première offre ;
- Riom, 3^{ème} ch., 17 nov. 2021, n° 20/00359 : exigence de trois conditions (état de dépendance, abus et avantage manifestement excessif octroyé au cocontractant).

Un arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 2021 sur la violence économique subie par un avocat semble se contenter pour établir la violence d'un abus de dépendance et d'un avantage excessif (mais à propos d'une affaire vraiment hors normes).

(rendu sous l'empire de l'ancien article 1111 du Code civil mais préfigurant l'interprétation possible de l'article 1113)

Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 2021, n° 20-10096 :

- L'indépendance de l'avocat ne fait pas obstacle à la reconnaissance de la contrainte économique vis-à-vis de l'un de ses clients
- Approbation de la cour d'appel d'avoir caractérisé *in concreto* l'état de dépendance économique dans lequel se trouvait un avocat à l'égard de sa cliente ainsi que l'avantage que cette dernière en avait tiré
- Affaire hors normes : l'Unedic AGS avait chargé l'avocat de défendre les intérêts de plus de 900 salariés dans un contentieux de masse comprenant 123 audiences de Conseils de prud'hommes et 11 de cour d'appel ayant fragilisé le fonctionnement du cabinet (honoraires de 520,80 € par dossier en première instance avec dégressivité, ramenés à 300 € par dossier ; en appel 520,80 € si intimé et 781,20 € si appelant).

- Avantage excessif caractérisé par un courrier proposant sous forme d'ultimatum de réduire la rémunération à un forfait de 90 000 € pour la procédure d'appel pour 795 dossiers, soit 113 € par dossier
- Fixation des honoraires restant dus à 300 000 €
- Caractérisation de l'état de dépendance économique à l'égard de l'AGS et de l'avantage excessif tiré par les AGS suffisant à démontrer la contrainte au sens de l'article 1111 sans avoir à démontrer l'abus, c'est-à-dire la menace illégitime spécifiquement dirigée contre la victime et constitutive d'une pression illégitime
- Exigence de 2 conditions au lieu de 3 : état de dépendance et avantage excessif
- La preuve autonome d'un abus ne serait pas nécessaire, cette condition se confondant avec l'avantage excessif

2) Le contenu du contrat

La sanction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion

- ❑ La réglementation relative aux clauses abusives relevait classiquement de législations spéciales, afin de protéger une partie en position de faiblesse :
 - Art. L. 132-1 C.Conso. : est abusive la clause qui a pour objet ou pour effet de « *créer, au détriment du non-professionnel et du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* »
 - Art. L. 442-6, I, 2° C.Com. : engage la responsabilité de son auteur le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.* »
- Devenu depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce :
- « *1 – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : [...]*
- 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.* »

- L'ordonnance a consacré en droit commun la notion de clause abusive.
- **Art. 1171** : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause (L. n° 2018-287, du 20 avril 2018, art. 7, en vigueur le 1^{er} octobre 2018) « non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties ») 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 la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».*

- Limitation du dispositif aux contrats d'adhésion.
 - **Art. 1110** : Le contrat d'adhésion est celui (L. n° 2018-287 du 20 avr. 2018, art. 2, en vigueur le 1^{er} octobre 2018) « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties [ancienne rédaction : « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* »].
- Quelle articulation entre l'art. L. 442-6 du C.Com. et l'art. 1171 du C.Civ.?

- **Champ d'application : comparaison entre les dispositions des articles 1171 du code civil et L. 442-6-I-2° du code de commerce**

Conditions de mises en œuvre d'apparence plus strictes au sens du code de commerce puisque :

- le déséquilibre significatif ne suffit pas, encore faut-il soumettre ou tenter de soumettre ;
- la disposition doit être invoquée devant des juridictions spécialisées.

Elles sont, **sur certains aspects, plus larges** puisque :

- le déséquilibre significatif du Code de commerce permet de mettre en cause les clauses relatives à la détermination du prix ;
- permet également une action du ministère de l'économie.

- **Champ d'application : comparaison entre les dispositions des articles 1171 du Code civil et L. 132-1 du Code de la consommation**
 - La **clause portant sur l'objet principal ou l'adéquation du prix** à la prestation **n'est abusive** ni sur le fondement du droit commun ni sur celui du droit de la consommation. Toutefois, le texte de droit de la consommation précise que c'est le cas « *pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* »
 - Il existe une **liste de clauses noires et grises en droit de la consommation** contrairement au droit civil
 - Le **droit de la consommation semble plus avantageux** pour ceux qui peuvent s'en prévaloir

CUMUL OU NON CUMUL ?

POUR

- Application de l'article 1105 aux contrats du Code civil
- L'article L.442-6 ne s'applique pas à des contrats mais à des partenaires commerciaux et à une relation commerciale, notions qui dépassent celle de contrat.
- L'action du Code civil et celle du Code de commerce ne se confondent pas et sont concurrentes (action en responsabilité / action en réputation de clause non écrite)
- Le communiqué du Conseil des ministres va dans le sens du cumul droit commun et de l'article L. 442-6

CONTRE

- Le droit spécial déroge au droit général
- L'article 1105 du Code civil règle la question
- L'article 1071 du Code civil ne s'appliquera que dans des situations qui n'étaient pas couvertes jusque là par les textes spéciaux (tels que les contrats d'adhésion entre particuliers et conclus par des professionnels libéraux)

Hésitations jurisprudentielles sur l'articulation du droit commun du Code civil et du déséquilibre significatif du Code de commerce :

- Paris, 5-11, 5 nov. 2021, n° 20/00022, SCT/ECD : la Cour d'appel de Paris juge que l'article 1171 du Code civil ne doit pas être exclu au profit de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce
- Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, Locam / Green Day : le droit commun ne joue que pour les contrats qui ne relèvent pas des dispositions spéciales du Code de commerce : « *il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance que l'intention du législateur était que l'article 1171 du Code civil qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du Code de commerce et L. 212-1 du Code de la consommation* ».

Assez nombreux rejets de l'application de l'article 1171 :

- Rejet pour des contrats antérieurs au 1^{er} octobre 2016 :
 - Paris, 5-11, 20 nov. 2020, n° 18/01267*
 - Paris, 5-3, 23 févr. 2022, n° 21/02983*
 - Paris, 5-3, 16 févr. 2021, n° 21/10448*
- Rejet en référé :
 - Metz, ch. urg., 8 juil. 2021, n° 20/01914*
- Rejet car inapplicabilité au prix :
 - Lyon, 3^{ème} ch. A, 27 févr. 2020, n° 18/08026*
- Rejet car inapplicabilité à l'objet principal du contrat :
 - Dijon, 1^{ère} ch. civ., 1^{er} févr. 2022, n° 20/00968*
- Rejet pour défaut de déséquilibre significatif :
 - Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782 (défaut de réciprocité de la clause résolutoire de plein droit pour inexécution du contrat justifié par la nature des obligations respectives des parties)*
 - Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 20 mai 2021, n° 18/06208*
 - Paris, 1-2, 6 mai 2021, n° 20/16325*

PARTIE II – LE DROIT POSITIF ISSU DE LA RÉFORME RELATIF À LA VIE DU CONTRAT

- 1) Le rejet majoritaire de la révision judiciaire pour imprévision
- 2) La fixation unilatérale du prix et la déterminabilité de la prestation

1) Le rejet majoritaire de la révision judiciaire pour imprévision

- Imprévision : situation dans laquelle un contrat a été déséquilibré par la survenance d'un événement que les parties n'avaient pas prévu au moment de l'échange des consentements.
- Refus traditionnel de la Cour de cassation de corriger les déséquilibres survenus par l'effet des circonstances en modifiant les conventions des parties (6 mars 1876, « **Canal de Craponne** »).
- Les contractants peuvent gérer le risque d'imprévision en stipulant des clauses appropriées (clauses de *hardship*).
- La Cour de cassation admet exceptionnellement la sanction, sur le fondement de la bonne foi, du contractant bénéficiaire des circonstances en cas de refus de renégociation de sa part (Com., 3 novembre 1992, « **Huard** »).

- **L'ordonnance consacre la révision judiciaire du contrat pour imprévision (Art. 1195)** : en cas de changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat qui en 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 ;
 - en cas de refus ou d'échec de la négociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation (peu crédible si la renégociation a échoué) ;
 - à défaut d'accord dans un délai raisonnable, une partie peut demander au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

- La notion de « changement de circonstances » est particulièrement vague et laisse au juge une importante marge d'appréciation.
- L'avant-projet d'ordonnance ne conférait pas de pouvoir de révision judiciaire en cas d'imprévision.
- Objectif : inciter les parties à trouver un arrangement amiable.
- L'ensemble du mécanisme peut être mis en échec par une clause d'acceptation du risque d'imprévision, stipulée dans le contrat.

Inapplicabilité et rejet quasi-généralisé de la révision pour imprévision :

- Inapplicabilité **pour des contrats antérieurs** au 1^{er} octobre 2016

Paris, 4-6, 4 juin 2021, n° 19/10047

- Inapplicabilité car **écarté par les parties**

Rennes, 1^{ère} ch., 14 déc. 2021, n° 21/00471

- Inapplicable car **pas invoqué** expressément :

Nancy, 1^{ère} ch. Civ., 15 sept. 2020, n° 19/00704 ;

Paris, 1-3, 3 mars 2021, n° 20/10828

- Inapplicabilité car **contrat à forfait ou aléatoire**

- Inapplicabilité car dépasse les pouvoirs du **juge de la mise en état** :

Paris, 5-3, 9 févr. 2022, n° 21/17742

- Inapplicabilité car excède les pouvoirs du **juge des référés**

Nancy, 5^{ème} ch. com., 10 nov. 2021, n° 21/01022

Paris, 6-2, 29 juin 2017, n° 16/07840

Riom, 3^{ème} ch., 2 mars 2022, n° 21/01992

- Inapplicabilité à la **crise sanitaire** :

Paris, 1-2, 12 mai 2021, n° 20/17489 (le bailleur a continué à respecter son obligation de délivrance)

- Inapplicabilité car **non-respect de la procédure de négociation** :

Paris, 1-2, 20 janv. 2022, n° 21/11811

- Inapplicabilité pour **absence d'imprévisibilité** :

Paris, 1^{ère} ch., 9 août 2019, n° 17/04077

- Inapplicabilité pour **absence de preuve d'une exploitation excessivement onéreuse** :

Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 8 févr. 2022, n° 21/01536

2) La fixation unilatérale du prix et la déterminabilité de la prestation

a. Dans les contrats cadre

- ❑ Depuis 4 arrêts du 1^{er} décembre 1995, la Cour de cassation considère que, sauf dispositions légales spéciales contraires, le prix peut être fixé par un seul des contractants sans que la validité du contrat n'en soit affectée : le prix peut donc être fixé unilatéralement, seul l'abus dans la fixation de celui-ci pouvant entraîner la résiliation ou l'indemnisation.

- L'ordonnance (**Art. 1164**) consacre la détermination unilatérale du prix dans les contrats-cadre : « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation* » (**alinéa 1**).
- Pour protéger les intérêts du débiteur du prix, une obligation de motivation pèse sur le cocontractant qui fixe unilatéralement le prix : encadrement non prévu actuellement.

- En contrepartie du pouvoir unilatéral de fixation du prix par l'une des parties, « **En cas d'abus** dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des **dommages et intérêts** et le cas échéant la résolution du contrat. » (**Article 1164, alinéa 2**)
 - Codification du droit positif ;
 - En recul par rapport au projet d'ordonnance, qui prévoyait un pouvoir de révision du prix par le juge « *en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties* ».
- Mais charge de la preuve inversée désormais car celui qui fixe le prix a la charge de la preuve de l'absence d'abus en cas de contestation.

b. Dans les contrats de prestation de services

- En matière de contrats de prestation de services, l'**Art. 1165** prévoit qu'à défaut d'accord des parties avant l'exécution du contrat, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en justifier le montant.
- En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts.
 - La **qualification du contrat** (contrat-cadre, contrat de prestation de services) est un enjeu fondamental car elle conditionne la possibilité de fixer unilatéralement le prix.

Pas de jurisprudence *a priori* sur les articles 1164 et 1165, mais plutôt sur **l'article 1163 (l'obligation doit avoir pour objet une prestation déterminée ou déterminable).**

Reconnaissance générale de la détermination de la prestation :

- Paris, 5-10, 26 oct. 2020, n° 18/16788 (mission déterminée) ;
- Lyon, ch. 3 A, 3 mars 2022 (taux de commission déterminé).

Sauf **exception** :

- Toulouse, 1^{ère} ch., sect. 1, 17 févr. 2020, n° 17-06230 : objet de la commande d'un agencement de cuisine insuffisamment déterminé car notamment absence de métré sur la commande.

❖ CONSEILS

- Dans les contrats cadre, prévoir une clause de fixation unilatérale des prix par le fournisseur ; encadrer ce droit unilatéral en termes de délai.
- En cas d'usage du droit de fixation unilatérale des prix et de variation, le motiver sérieusement et documenter les motifs avancés.

PARTIE III – LE DROIT POSITIF ISSU DE LA REFORME RELATIF A L'INEXÉCUTION ET LA FIN DU CONTRAT

- 1) L'importance du respect du formalisme en cas de résolution des contrats
- 2) La difficulté de mise en œuvre de la force majeure
- 3) Les restitutions

1) *La résolution du contrat*

- L'ordonnance a introduit dans le Code civil la possibilité de résoudre unilatéralement le contrat, par le jeu d'une clause résolutoire ou de la résolution aux risques et périls.
 - **Art. 1224** : « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.* »
- Inversion des mécanismes de résolution par rapport au droit positif antérieur.

- **Consécration des clauses résolutoires de plein droit** (validité admise en jurisprudence).
 - La clause résolutoire **doit préciser les engagements** dont l'inexécution entraîne la résolution.
 - Si les parties n'ont pas convenu que la résolution résulterait du seul fait de l'inexécution, le **débiteur doit préalablement être mis en demeure** (supplétif).

- Consécration de la résolution unilatérale aux risques et périls du contractant (jurisprudence Tocqueville, arrêt du 13 octobre 1998), en cas de comportement suffisamment grave du cocontractant (**Art. 1226**).
- Mais encadrement du mécanisme :
 - Mise en demeure préalable du cocontractant ;
 - Obligation de motivation ;
 - Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution.
- A noter : faculté pour le juge d'ordonner la poursuite de l'exécution du contrat si la résolution unilatérale est infondée, en accordant si besoin un délai de grâce au débiteur (**Art. 1228**).

- **Effets de la résolution**

- Faculté pour le juge d'ordonner la poursuite de l'exécution du contrat (**Art. 1228**).
- Abandon du principe de la rétroactivité de la résolution (**art. 1229**).
- Survie des clauses post-contractuelles.

- Inapplicabilité de l'article 1226 du Code civil à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail

Cass. soc., avis, 3 avr. 2019, n° 15003

- Clause résolutoire :

- Validation de la résolution car précision suffisante de la clause :
Toulouse, 3^{ème} ch., 7 mars 2019
- Validation car respect du formalisme :
Nancy, 2^{ème} ch. civ., 1^{er} juil. 2021, n° 20/02246
Nancy, 2^{ème} ch. civ., 18 mars 2021, n° 20/00732
- Invalidation car absence d'envoi de la mise en demeure à chaque débiteur solidaire ;
Paris, 4-9, 10 mars 2022, n° 19/06214
Aix, 16 déc. 2021, n° 18/06645

- Résolution unilatérale :

- Absence de mise en demeure formelle non justifiée
Rouen, 1^{ère} ch. civ., 15 déc. 2021, n° 19/03706

2) *La difficulté de mise en œuvre de la force majeure*

- **L'ordonnance définit la force majeure** (construction purement prétorienne) et abandonne le critère classique de l'extériorité :
 - **Art. 1218** : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.
Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »
- **Difficulté en pratique** à l'invoquer (pas de force majeure pour l'obligation de paiement de l'acheteur), sauf clause de force majeure étendue.

- **La jurisprudence est très exigeante en matière de force majeure :**
 - L'exécution de l'obligation doit être rendue impossible, pas seulement plus onéreuse ;
 - Il doit s'agir d'un empêchement du débiteur et non du créancier : le créancier qui n'a pas pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure (Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2020, n° 19-21.060 : curiste empêché de bénéficier de l'intégralité de son séjour en raison d'une hospitalisation) ;
 - La force majeure ne s'applique pas de façon classique à l'obligation de payer ;
 - L'événement ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat.

3) Les restitutions

☐ Jurisprudence ancienne :

- Action rédhibitoire de la garantie des vices cachés : le vendeur récupère la chose viciée et n'a droit à aucune indemnité pour l'usage fait par l'acheteur.
- Résolution de la vente en raison de sa non-conformité au contrat : la jurisprudence distingue suivant que la chose se dégrade ou non par l'usage:
 - si la chose ne se dégrade pas par l'usage, le vendeur n'a droit à aucune indemnité pour l'usage qui aurait été fait de la chose litigieuse ;
 - si la chose est de celles qui se dégradent par l'usage, le vendeur se voit accorder une indemnisation en contrepartie de l'usage qu'en a fait l'acheteur.
- Nullité d'une vente : pas d'indemnisation du vendeur du fait d'une éventuelle utilisation du bien.

- L'ordonnance a consacré le principe de compensation de la jouissance du bien en sus des restitutions en cas de nullité ou de résolution du contrat.
- **Art. 1352-3** : « *La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. « La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce. « Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation. »*

 - Nouveauté en matière d'annulation d'une vente, de résolution à la suite d'un vice caché ou d'un défaut de conformité.
 - Nouvelle règle défavorable à l'acquéreur, qui sera dissuadé d'agir en justice s'il doit verser une indemnité d'occupation.
 - Règle utile dans le cas des choses qui se dégradent par l'usage.
 - En attente de décisions prenant en compte la jouissance de la chose.

CONCLUSION

- Un bilan meilleur que prévu
- Une « digestion » de la réforme par la jurisprudence
- La nécessité de suivre l'évolution de la jurisprudence qui demeure changeante sur beaucoup de points qui peuvent être déterminants
- Ce qui rend d'autant plus juste la recommandation de Laure Lavorel : « face aux nouveaux défis, les professionnels du droit devraient faire partie des équipes projets et travailler pour construire ensemble la stratégie business »

(Interview donnée à la Semaine juridique, Entreprise et affaires, 7 avril 2022)