



## Colloque Saint-Domingue

Mercredi 24 janvier 2018

**LA REFORME DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS  
AU SERVICE DU DROIT DES AFFAIRES**

---

**Conférence CCIFD SAINT- DOMINGUE  
Mercredi 24 janvier 2018**

1. Le droit français des contrats a été réformé par une ordonnance du 10 février 2016 « *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* ».

Cette réforme se présente, pour une large part, comme une codification de solutions jurisprudentielles établies, mais elle comporte néanmoins des innovations, dont certaines sont majeures.

L'ordonnance est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et son application ne concerne que les contrats conclus après cette date.

2. Ce nouveau « *corpus* » légal, regroupé sous les titres III : « *des sources d'obligations* », IV : « *du régime général des obligations* » et IV BIS : « *de la preuve des obligations* » a pour objectifs déclarés :

- La sécurité juridique : il s'agit de s'adapter à l'évolution du monde moderne, et de rendre plus lisibles et prévisibles des normes édictées dans le Code Civil de 1804, fondées sur un modèle économique ancien, et très abondamment complétées et parfois contredites par la Jurisprudence.
- Le renforcement de l'attractivité du droit français, en lui permettant de disposer d'un outil normatif efficace dans un contexte international de concurrence et de marchandisation du droit.

A l'échelle internationale, le droit français des affaires est souvent perçu par les investisseurs, comme moins « performant » en termes de sécurité juridique et d'efficacité. (Rapport Doing Business 2016 de la Banque Mondiale)

Il est notamment prétendu que le droit français serait écarté des transactions internationales au profit de la « *Common Law* » en raison de l'existence de règles impératives.

En réalité, ce sont souvent des considérations géopolitiques qui imposent le droit applicable dans les contrats internationaux, non pas nécessairement la qualité du droit de l'état de tel ou tel contractant.

Les nouvelles dispositions ont donc pour objectif de promouvoir le « French Légal Business » dans des situations de négociations de conventions internationales dans lesquelles les modèles juridiques sont confrontés.

L'objectif est-il atteint ?

Notre association DROIT & COMMERCE a consacré les 24 et 25 mars 2017 son colloque annuel de DEAUVILLE à cette question, qui a soulevé des débats nourris, animés par des intervenants de haute qualité.

De façon synthétique, ces débats ont fait ressortir que la réforme suscite l'enthousiasme quant à ses dispositions relatives à la négociation et à l'exécution des contrats d'affaires (sécurité juridique) mais quelques inquiétudes s'agissant notamment du pouvoir qui est conféré au Juge de réviser le prix du contrat pour imprévision (insécurité potentielle).

3. Au-delà de ses objectifs déclarés, l'esprit sous-jacent de la réforme est d'assurer l'équilibre contractuel : équilibre de l'information ( par la transparence et la bonne foi, qui sont très présentes dans la réforme) , équilibre du contenu du contrat ( exemple : par la sanction de l'abus de dépendance économique et celle des clauses abusives ), équilibre des sanctions contractuelles ( exemple : par l'exécution forcée possible, sauf si trop coûteuse pour le débiteur au regard de son intérêt pour le créancier ).
4. Cette « *justice contractuelle* », induisant le souci de protection de la partie faible (exemple : contrat d'adhésion) ne doit toutefois pas être assurée au détriment de l'efficacité économique, ce qui a conduit les auteurs de la réforme à promouvoir l'unilatéralisme dans le contrat.

Ainsi en est-il des prérogatives permettant aux contractants d'anticiper le contentieux, ou de le résoudre sans recours au Juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix...).

5. La réforme est placée sous le signe de la liberté contractuelle.

Par conséquent, les dispositions qui ne sont pas expressément affirmées comme étant impératives (c'est le cas par exemple de l'exigence de bonne foi et celle du devoir d'information qui sont qualifiés dans les textes comme étant d'ordre public) sont des dispositions supplétives.

Ce qui peut d'ailleurs constituer une source d'incertitudes lorsqu'il existe un doute sur le caractère d'ordre public ou non de certains textes.

6. Enfin, le nouveau dispositif intègre dans le droit commun des contrats les principaux mécanismes protecteurs des droits spéciaux.

Cela n'empêche pas une articulation affirmée par l'article 1105 du code civil : En cas de conflit, le droit commun s'efface devant les règles spéciales à certains contrats.

C'est le cas notamment des contrats spéciaux, des dispositions du Code de Commerce ou du Code de la Consommation.

- 7 L'ampleur de la réforme nous oblige, dans le temps qui nous est imparti, à concentrer notre présentation sur les principales dispositions concernant la formation du contrat, son exécution, sa circulation et son issue, après avoir rapidement évoqué les principes directeurs qui ont été retenus par les auteurs de l'ordonnance.

## **A – LES PRINCIPES DIRECTEURS DES REGLES CONCERNANT LES CONTRATS**

- 8 Ces principes sont contenus dans les dispositions préliminaires à l'ordonnance : « *afin de faciliter l'interprétation des règles applicables aux contrats et au besoin à en combler les lacunes* » (rapport au Président de la République).

- 9 Tout d'abord, l'article 1102 du nouveau code civil affirme le principe de la liberté contractuelle : « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son co-contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans la limite fixée par la loi* » mais dans la limite de l'ordre public : « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

- 10 Ensuite, l'article 1103 énonce le principe de la force obligatoire du contrat : « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

Texte fondamental, reprenant l'ancien article 1134 du Code Civil qui était celui le plus utilisé dans les pourvois en cassation et dans les visas de la Cour de cassation.

- 11 Enfin, le principe général de bonne foi est réaffirmé par l'article 1104 « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

L'exigence de bonne foi n'est pas nouvelle mais elle est désormais présente à tous les stades du contrat.

C'est un point majeur de différence avec le droit anglais, qui ne connaît pas la bonne foi au stade des négociations.

Bien entendu il s'agit ici de protéger la « *partie faible* », ce qui se conçoit dans les relations « *B to C* » (Business to Consumers), mais qui est plus discutable dans le « *B to B* » (Business to Business), s'agissant souvent de professionnels de même spécialité.

## **B – LA FORMATION DU CONTRAT : FOCUS SUR CINQ POINTS**

### **1. Les négociations et l'information précontractuelle**

- 12 Les négociations proprement dites sont libres mais encadrées par l'article 1112 : « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles (les pourparlers) sont libres* », mais cependant « *Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ».

La rupture abusive des pourparlers peut ouvrir droit à une indemnisation au profit de la victime si cette rupture est abusive, mais cette indemnisation ne peut pas correspondre à « *la perte des avantages attendus du contrat non conclu* », par exemple les gains escomptés avec le contrat envisagé.

- 13 Un principe général d'information précontractuelle, auquel il n'est pas possible de déroger, est inscrit dans les textes :

*« 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 et 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 et la qualité des parties... ».* ( article 1112-1)

Sont concernés par ce devoir d'information précontractuelle tous les contractants, sans distinction et quel que soit le type de contrat.

C'est au créancier de l'obligation d'information de prouver que le débiteur la lui devait et le débiteur peut se décharger en prouvant qu'il a bien fourni cette information : la conséquence pratique de cette obligation d'information précontractuelle est l'exigence renforcée de la phase d'audit, nécessitant une vigilance accrue du vendeur.

La sanction : responsabilité et annulation éventuelle du contrat pour vice du consentement. (dol par réticence)

## 2. Les avants contrats

- 14 Le pacte de préférence fait l'objet d'une définition et d'une précision : lorsque le tiers (*auquel le bénéfice du pacte est proposé au détriment du bénéficiaire désigné*) connaissait l'existence du pacte de préférence et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au Juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu en violation du pacte.

Le tiers bénéficie d'une action interrogatoire (article 1123 alinéas 3 et 4).

Cette action lui permet de demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai raisonnable l'existence d'un pacte et lui faire savoir s'il entend s'en prévaloir.

A défaut de réponse, le bénéficiaire perd ses droits.

*(A noter que cette action interrogatoire -mécanisme original- est également réservée au contractant qui souhaite anticiper une éventuelle nullité de la convention (article 1183))*

- 15 La promesse unilatérale fait également l'objet d'une définition et l'efficacité de cette promesse est renforcée. (article 1124)

D'une part, la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire n'empêche pas la formation du contrat promis : le Juge peut ordonner l'exécution forcée.

D'autre part, la connaissance, par le tiers, de l'existence de la promesse permet au bénéficiaire d'obtenir l'annulation du contrat conclu en violation de cette promesse.

## 3. L'abus de dépendance économique

16. l'article 1143 étend un vice du consentement déjà connu, la violence, à l'abus de dépendance d'une partie qui se trouve contrainte de consentir à l'autre « *un avantage manifestement excessif* »

Hypothèse limitée donc à un engagement manifestement excessif, qu'il appartiendra à la victime d'établir.

Cet abus est sanctionné par la nullité du contrat, s'il a été déterminant dans le consentement.

#### 4. Les clauses du contrat réputées non écrites

17. Article 1171 : « 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 ».

Pour ne pas porter atteinte à la sécurité des transactions commerciales et à l'attractivité du droit français des affaires, l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

Le champ d'application de ce texte est donc limité au contrat d'adhésion.

Le contrat d'adhésion est défini comme étant « ...celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties » (article 1110).

Des difficultés d'interprétation sont à craindre, et le Juge devra déterminer la frontière entre « les contrats négociés » et « les contrats d'adhésion ».

Les critères du déséquilibre significatif sont déjà connus, dans les relations B to B (article 442.6.1 2° du Code de Commerce) (d'ailleurs les deux textes cohabitent).

18. Est également abusive une clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (article 1170, issu de la Jurisprudence « *CHRONOPOST* » bien connue).

#### 5. La fixation du prix dans les contrats

19. S'agissant des contrats cadre, codification d'une Jurisprudence issue de plusieurs arrêts rendus en 1995 par la Cour de cassation. ( article 1164)

Dans ce type de contrat, « 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 » (critère de déterminabilité du prix).

A noter qu'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 ».

L'abus est généralement caractérisé par une situation de dépendance ou un prix « disproportionné ou excessif ». ( source de questions et donc de contentieux)

20. Dans les contrats de prestations de services, même principe : « le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation ». (article 1165)

## C – L'EXECUTION DU CONTRAT : FOCUS SUR LA REVISION POUR IMPREVISION

21. Notre propos sera limité à la seule question de la révision du contrat pour imprévision, mesure phare et novatrice de la réforme.

Cette disposition est conforme à la norme européenne et permet de lutter, comme le dit le rapport au Président de la République « *contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuel poursuivi par l'ordonnance* ».

Cela concerne les contrats à exécution successive, conclus en l'état d'une situation donnée, qui va être ensuite bouleversée à un point tel que les obligations à charge de l'une des parties deviennent excessivement lourdes.

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.*

*A 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. »*

Les conditions sont donc clairement posées par le texte : l'imprévision doit être subordonnée à un changement de circonstances imprévisibles qui doit rendre l'exécution excessivement onéreuse pour une partie. (Problème : comment caractériser les circonstances imprévisibles ?)

En outre, la partie qui subit ce changement de circonstances imprévisibles ne doit pas avoir accepté d'en assumer le risque (seul le risque prévisible est présumé accepté).

En cas de changement avéré, il y a donc un principe initial d'obligation d'entamer des négociations.

En cas de refus ou échec des négociations, trois situations sont possibles :

- Les parties conviennent de résoudre le contrat : le contrat est anéanti par les parties.
- Les parties demandent ensemble au Juge d'adapter le contrat : le contrat est modifié par le Juge.
- Une partie demande au Juge d'adapter ou de résoudre le contrat : le Juge peut modifier ou anéantir le contrat.

Au-delà de l'atteinte à l'intangibilité et la force obligatoire du contrat, c'est le pouvoir conféré au Juge qui suscite des interrogations et des réserves, notamment des Anglo-Saxons.

Dans les relations internationales, les entreprises se satisfaisaient des clauses traditionnelles de « *hardship* », qui obligeaient les parties à renégocier leur contrat si les circonstances imprévisibles et postérieures au contrat rendaient son exécution onéreuse pour l'une des parties, mais sans l'intervention, in fine, du Juge en cas de désaccord.

Ici le Juge pourra intervenir, mais :

-disposera-t-il des informations nécessaires ?

-sera-t-il compétent pour apprécier une situation financière et économique ?

La réforme accroît le rôle du Juge dans un contexte de discussion sur la création, en France, d'un véritable Juge de l'économie.

## **D – LA CIRCULATION DU CONTRAT**

22. Pour simple information : la réforme consacre une vision économique du contrat, élément d'actif qui doit circuler vite.

Par conséquent, les cessions du contrat, de la créance, ou de la dette, sont consacrées et/ou facilitées (articles 1216, 1321, 1327).

## **E – L'INEXÉCUTION DU CONTRAT : LES SANCTIONS**

23. En cas d'inexécution, cinq sanctions sont prévues par la loi (article 1217).

Il s'agit de favoriser l'efficacité des contrats et de donner plus de place à ce que la Doctrine appelle « *l'unilatéralisme des sanctions* ».

24. Première sanction : « l'exception d'inexécution avérée » article 1219)

Codification d'un mécanisme déjà admis par la Jurisprudence depuis longtemps mais il est désormais précisé que l'inexécution, par une partie, de son obligation, doit être « *suffisamment grave* » pour permettre à l'autre partie de refuser d'exécuter sa propre obligation.

Aucun formalisme n'est requis (ni mise en demeure ni notification préalable).

L'innovation provient de l'article 1220 qui permet au créancier de l'obligation d'anticiper la défaillance de l'autre partie : « *une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle...* ».

Jusqu'à présent le *risque* de non-exécution de la part d'une partie au contrat ne permettait pas l'autre partie de s'abstenir d'exécuter sa propre prestation.

L'objectif est double : prévenir l'inexécution contractuelle et inciter à l'exécution de la prestation promise.

Le créancier qui souhaite suspendre sa propre obligation doit cependant respecter un formalisme : il doit notifier la suspension « *dans les meilleurs délais* ».

## 25. Seconde sanction : l'exécution forcée par le débiteur

L'article 1221 affirme le principe de l'exécution forcée en nature : « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature...* ».

Deux limites toutefois :

- L'impossibilité d'exécuter en nature (une impossibilité matérielle, juridique, morale).
- Ou une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

L'intervention du Juge n'est plus exigée *à priori*, même en l'absence d'urgence (sauf lorsque la destruction est demandée).

L'article suivant (1222) prévoit une faculté de remplacement du débiteur défaillant : « *après mise en demeure, le créancier peut aussi dans un délai et à un coût raisonnable, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du Juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci...* ».

Le Juge interviendra le cas échéant, mais *à postériori*.

## 26. La troisième sanction est la réduction du prix (article 1223)

C'est l'hypothèse d'un décalage entre la prestation convenue et celle fournie

Cette sanction permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de son exécution effective.

Pour prétendre à cette effectivité, le créancier de l'obligation (exemple l'acheteur d'une marchandise partiellement viciée) devra cependant avoir préalablement mis en demeure le débiteur de l'obligation (exemple le vendeur qui s'oblige à vendre un bien exempt de vices) d'exécuter parfaitement son obligation.

Le créancier de l'obligation (ici l'acheteur) notifiera ensuite à son débiteur dans les meilleurs délais sa décision unilatérale de réduire le prix s'il n'a pas encore payé.

Et s'il a déjà payé, il peut demander un remboursement partiel à son cocontractant.

Si celui-ci refuse, il y a un conflit à régler par le Juge ou l'Arbitre.

27. La quatrième sanction est la résolution du contrat, prévue par l'article 1224.

Ce texte consacre d'abord les mécanismes classiques :

- La résolution judiciaire (articles 1227 et 1228).
- La clause résolutoire qui soustrait l'appréciation de la gravité du manquement à l'appréciation du Juge, sous réserve d'une mise en demeure visant expressément la clause (article 1225).

L'innovation (en réalité consécration d'une Jurisprudence de 1998) est la résolution unilatérale. (article 1226)

Rapprochement du droit français avec de nombreux droits étrangers et notamment de la *Common Law*.

La résolution unilatérale est une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura donc désormais le choix, en l'absence d'une clause résolutoire expresse, entre deux modes de résolution : la résolution judiciaire ou la résolution unilatérale.

Le formalisme de la résolution unilatérale est toutefois précis :

- Il faut une mise en demeure préalable notifiée au débiteur « *de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable* » (sauf en cas d'urgence).
- Si l'inexécution persiste, notification au débiteur de la résolution du contrat avec une exigence de motivation.
- A tout moment, le débiteur peut saisir le Juge pour contester la résolution.

La résolution met fin au contrat, elle l'anéantit, mais cependant les clauses relatives au règlement des différends ou les clauses de confidentialité ou de non concurrence subsistent.

La résolution pose le problème de la restitution des prestations déjà échangées.

Deux hypothèses sont possibles :

- Si les prestations échangées « *ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu...* » la restitution des prestations réciproques s'effectue.
- Mais, si les prestations échangées ont trouvé leur « *utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat* », il s'agit dans ce cas d'une résiliation ayant un effet pour l'avenir et il n'y a pas lieu à restitution des prestations échangées antérieurement.

28. Enfin, cinquième et dernière sanction, qui peut d'ailleurs être cumulée avec les précédentes : les dommages et intérêts.

Rappel de quelques principes :

- L'indemnisation porte sur la perte subie et le gain manqué et se limite au dommage prévisible.
- L'efficacité de principe des clauses pénales et d'évaluation forfaitaire des préjudices est reconduite, tout comme le rôle modérateur du Juge.
- Le préjudice lié au retard de paiement est réparé par l'application du taux d'intérêt légal et toute condamnation emporte l'application du taux d'intérêt légal, même en l'absence de demande ou en cas de silence de la décision de justice.

**En conclusion**, nous n'avons pas encore, à ce jour, suffisamment de « recul » concernant l'application de ces nouvelles règles par la jurisprudence, compte tenu du fait qu'elles ne sont applicables qu'aux contrats conclus après le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

Nul ne sait si le Droit français des affaires sera plus attractif, la seule certitude étant que avocats et magistrats ont du travail en perspective !

Franck DENEL