

VOGEL  VOGEL

30, avenue d'Iéna  
75116 Paris, France  
Tél. 33 (0)1 53 67 76 20  
[www.vogel-vogel.com](http://www.vogel-vogel.com)



**LE DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS  
À L'ÉPREUVE DE L'ORDONNANCE  
DU 10 FÉVRIER 2016**

**Joseph VOGEL**

***Réunion CEDRE,  
14 juin 2016***

## PLAN

**Introduction**

**Partie I – La naissance du contrat**

**Partie II – La vie du contrat**

**Partie III – L'inexécution et la fin du contrat**

**Conclusion**

## INTRODUCTION

### A. Calendrier

- 11 février 2016 : publication de l'ordonnance réformant le droit des contrats, après une consultation publique tardive et rapide en mars-avril 2015.
- Dans les 6 mois suivant la publication de l'ordonnance: dépôt d'un projet de loi de ratification.
- 1<sup>er</sup> octobre 2016 : entrée en vigueur prévue de l'ordonnance.
- *Consultation publique portant sur l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile.*

## B. Observations sur la méthode et le fond

- **Sur la méthode :**
  - Projet rédigé sans réelle consultation préalable du monde des affaires.
  - Voie de l'ordonnance : pas de discussion parlementaire complète et approfondie.
  
- **Sur le fond, la réforme ne règle pas les problèmes majeurs du monde des affaires, qui viennent en réalité :**
  - Des multiples réglementations qui se sont ajoutées au droit commun des contrats : loi LME, loi Hamon, loi Macron, loi Gaysot, loi ESS, etc.
  - De la façon dont le droit est appliqué.

## PARTIE I – LA NAISSANCE DU CONTRAT

**A. La conclusion du contrat**

**B. La validité du contrat**

## A. LA CONCLUSION DU CONTRAT

- 1) La bonne foi dans la formation du contrat**
- 2) Les négociations précontractuelles**

## 1) La bonne foi dans la formation du contrat

- A l'heure actuelle, « *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 »* »).
  - Mise en place d'un contrôle des intentions des parties ?
  - Utilité de cette nouveauté, en-dehors de la période des négociations (pourtant régie par des dispositions spécifiques) ?
  - Quid de la fin du contrat?

## 2) Les négociations précontractuelles

### *a. Le principe de bonne foi*

- ❑ A l'heure actuelle, aucune disposition dans le Code civil sur le processus de formation du contrat.
- L'ordonnance 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 (C.Cass., 26 novembre 2003, « Manoukian »).

## 2) Les négociations précontractuelles

### *b. Le devoir d'information (1/2)*

- **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. »*

## 2) Les négociations précontractuelles

### ***b. Le devoir d'information (2/2)***

- 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* » ;
- Aucun devoir de se renseigner.

## B. LA VALIDITÉ DU CONTRAT

**1) Le consentement : l'extension du vice de violence à l'abus d'un état de dépendance**

**2) Le contenu du contrat : la sanction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion**

## 1) Le consentement : l'extension du vice de violence à l'abus d'un état de dépendance (1/2)

□ Dans le Code civil, la violence ne peut 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.

## 1) Le consentement : l'extension du vice de violence à l'abus d'un état de dépendance (2/2)

- 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.* »
  - A partir de quel degré de contrainte un contrat devra-t-il être annulé ?
  - De nombreux cas dans lesquels l'un des contractants se trouve dans un état de dépendance (ex. contrat de travail, contrat de distribution).
  - La nullité du contrat ne constitue pas nécessairement une solution satisfaisante pour l'entreprise dépendante.
  - Disposition redondante avec la notion de clause abusive (lutte contre le déséquilibre contractuel et les abus de faiblesse).

## 2) Le contenu du contrat : la sanction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion (1/3)

- A l'heure actuelle, la réglementation relative aux clauses abusives relève de législations spéciales (droit de la consommation et droit des pratiques restrictives de concurrence) :
  - Article L. 132-1 du Code de la consommation : 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.* »  
→ mécanisme de compensation de l'infériorité présumée du consommateur.
  - Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : 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.* »  
→ sanction d'une faute ; essentiellement dans la grande distribution.
  - Dans les deux cas, volonté de protéger une partie en position de faiblesse.

## 2) Le contenu du contrat : la sanction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion (2/3)

- L'ordonnance consacre en droit commun la notion de clause abusive.
- **Art. 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. « 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 ».*
- Volonté du législateur d'assurer une forme d'équilibre entre les prestations ;
- Les véritables questions que suscite la matière ne sont pas réglées ;
- Les éléments de qualification d'une clause abusive sont des notions floues ;
- L'ordonnance ne prévoit aucune articulation entre le droit commun et les droits spéciaux.

## 2) Le contenu du contrat : la sanction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion (3/3)

- Limitation du dispositif aux contrats d'adhésion.
- **Art. 1110** : contrat « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».
- Une disposition à contre-courant des nécessités de la vie économique...
- ... et redondante avec l'introduction d'un vice de violence étendu à l'abus d'un état de dépendance.
- **Art. 1171, alinéa 2** : « *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* » → prohibition de la lésion comme cause de nullité du contrat à saluer.

## ❖ Conseils

- Se comporter de bonne foi lors des négociations et lors de la conclusion du contrat ; se ménager la preuve que les informations ont été fournies au cocontractant ;
- Rédiger systématiquement un accord de confidentialité ;
- Revoir totalement la façon de négocier et d'écrire les contrats : bilatéraliser le contrat.

## PARTIE II – LA VIE DU CONTRAT

- 1. La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et contrats de prestation de service**
- 2. L'admission d'une révision judiciaire pour imprévision**

## 1) La fixation unilatérale du prix

### *a. Dans les contrats cadre*

- ❑ Depuis 4 arrêts du 1<sup>er</sup> 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.

### ***a. Dans les contrats cadre (suite)***

- 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* ».

### ***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.

## 2) L'admission d'une révision judiciaire pour imprévision (1/3)

- ❑ 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 »).

## 2) L'admission d'une révision judiciaire pour imprévision (2/3)

- **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.

## 2) L'admission d'une révision judiciaire pour imprévision (3/3)

- L'avant-projet d'ordonnance ne conférait pas de pouvoir de révision judiciaire en cas d'imprévision.
- Aucune indication sur la méthode qui devra être suivie par le juge ; *in fine*, question laissée à la discrétion de l'expert.
- N.B. L'ensemble du mécanisme institué par cette nouvelle disposition peut être mis en échec par une clause d'acceptation du risque d'imprévision, stipulée dans le contrat.

## ❖ 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.
- Ecarter ou non l'imprévision selon ses intérêts.

## PARTIE III – L'INEXÉCUTION ET LA FIN DU CONTRAT

- 1. Le droit de résolution unilatérale des contrats à durée indéterminée**
- 2. L'inexécution du contrat**
- 3. Les restitutions**

## 1) Le droit de résolution unilatérale des contrats à durée indéterminée (1/2)

- ❑ Article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : sanction de toute rupture brutale d'une relation commerciale établie réalisée sans préavis écrit d'une durée suffisante.
- ❑ Or la jurisprudence commerciale a connu une double dérive :
  - Le juge s'écarte de la volonté des parties exprimée dans le contrat, pour accorder à la victime de la rupture des préavis de plus en plus longs.
  - Arrêts récents de la Cour de cassation octroyant des indemnités de rupture à hauteur de la marge brute non réalisée pendant les mois de préavis manquants, alors que le cocontractant évincé n'avait subi aucun préjudice.
  - Résistance récente de la Cour d'appel de Paris.
- ❑ Jurisprudence juridiquement infondée, inéquitable, et inefficace → rigidification des relations commerciales.

## 1) Le droit de résolution unilatérale des contrats à durée indéterminée (2/2)

- L'ordonnance (**Art. 1211**) ne tient pas compte des dérives constatées en droit des pratiques restrictives de concurrence et risque de généraliser aux contrats civils le droit de la rupture brutale des relations commerciales établies au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.
- Par rapport à l'avant-projet d'ordonnance, une amélioration a cependant été apportée au texte : désormais, l'**Art. 1211** impose le respect d'un délai de préavis raisonnable uniquement si aucun délai contractuel n'a été prévu.

## 2) L'inexécution du contrat (1/8)

### *a. La consécration de l'exception d'inexécution*

- L'ordonnance introduit dans le Code civil l'exception d'inexécution, qui était jusqu'alors une simple construction prétorienne.
  - **Art. 1219** : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. »
- L'ordonnance admet également, conformément à la jurisprudence, **l'exception d'inexécution par anticipation**.
  - **Art. 1220** : « 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. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

## 2) L'inexécution du contrat (2/8)

### ***b. L'exécution forcée en nature***

- ❑ Alors que l'Art. 1142 du Code civil prévoit que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* », la jurisprudence et la doctrine admettent couramment que l'exécution forcée en nature constitue la sanction qu'il convient de prononcer en premier lieu.
  - Ex. jurisprudence actuelle dans le domaine de la construction.
  - Sauf pour les obligations de faire présentant un caractère personnel pour leur exécution, qui se résolvent par équivalent (arrêt « Whistler », Cass. Civ., 19 mars 1900).

## 2) L'inexécution du contrat (3/8)

### ***b. L'exécution forcée en nature (suite)***

- L'ordonnance consacre l'évolution jurisprudentielle, en reconnaissant le droit à l'exécution forcée en nature et en le plaçant en tête des remèdes à l'inexécution, mais ajoute une exception malvenue (Art. 1221) : « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ».
- Le droit à l'exécution forcée en nature est donc limité à deux titres, puisqu'elle n'est pas octroyée si :
  - L'exécution est impossible.
    - Déjà en droit positif : impossibilité morale, matérielle, ou juridique.
  - Le coût de l'exécution est manifestement déraisonnable.
    - Consécration de l'impossibilité économique, en rupture avec le droit positif.

## 2) L'inexécution du contrat (4/8)

### *c. La faculté de remplacement*

- Actuellement, l'Art. 1144 du Code civil prévoit que « *Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution* ».
- Le texte de l'ordonnance simplifie le mécanisme : le créancier insatisfait peut désormais se passer de l'autorisation préalable au juge, sauf pour la destruction de ce qui a été fait en violation de l'obligation (**Art. 1222**).

## 2) L'inexécution du contrat (5/8)

### *d. La réduction du prix*

- L'ordonnance prévoit que « *Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. « S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. » (Art. 1223)*
- A titre de nouveau remède à l'inexécution du contrat, le créancier peut donc modifier unilatéralement sa prestation contractuelle.
- Mécanisme déjà connu en matière de vente internationale de marchandises, de droit de la consommation (Art. L. 211-10 du Code de la consommation) et dans les projets européens d'harmonisation du droit des contrats.
- Ambiguïté de rédaction entre les alinéas 1 et 2.

## 2) L'inexécution du contrat (6/8)

### *e. La résolution du contrat*

- L'ordonnance 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.
- Consécration des clauses résolutoires de plein droit (validité admise en jurisprudence).

## 2) L'inexécution du contrat (7/8)

### *e. La résolution du contrat (suite)*

- 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**).

## 2) L'inexécution du contrat (8/8)

### *e. La résolution du contrat (fin)*

- Abandon du principe de la rétroactivité de la résolution (**art. 1229**) :
  - les restitutions n'interviendront que lorsque les prestations échangées n'avaient d'utilité qu'en cas d'exécution complète du contrat résolu ;
  - lorsque les prestations auront trouvé une utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, la résolution n'aura donc pas d'effet rétroactif.

### 3) Les restitutions (1/2)

#### □ Jurisprudence actuelle :

- 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.

### 3) Les restitutions (2/2)

- L'ordonnance consacre 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.

## ❖ CONSEILS

- Toujours prévoir un délai de préavis dans le contrat.
- Etre extrêmement prudent en cas de résiliation ou de sanction unilatérale de façon générale, et procéder à une auto-évaluation du risque.
- Place du droit et des juristes dans la société et les entreprises désormais primordiale.

## Conclusion (1/2)

- **Des avancées positives en grande partie annulées par les aspects négatifs de la réforme, qui manque les objectifs fixés et rendra notre droit des contrats :**
  - Moins lisible et moins accessible, du fait de l'introduction de notions nouvelles, floues et incertaines, sans éclairage possible de travaux préparatoires.
    - Ex. abandon de la cause et de l'objet, remplacés par le « contenu » du contrat.
  - Moins protecteur, la protection du cocontractant supposé faible risquant de se retourner contre lui.
    - Ex. principe de bonne foi, extension du vice de violence à l'abus de dépendance, sanction des clauses abusives, révision judiciaire en cas d'imprévision.
  - Moins attractif, l'insécurité juridique et l'interventionnisme judiciaire risquant d'inciter les entreprises à opter dans les rapports internationaux pour un droit (et un juge / tribunal arbitral) étranger, et de générer un défaut de compétitivité des entreprises françaises.

## Conclusion (2/2)

- **Conseils :**
  - Conclure les contrats importants à venir avant l'entrée en vigueur de la réforme (1<sup>er</sup> octobre 2016) ;
  - Eventuellement soumettre ses contrats internationaux à un droit étranger (et un juge étranger ou un tribunal arbitral).