

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO



REVUE DE L'ASSOCIATION DES ELEVES ET DIPLOMES JURISTES DE SCIENCES PO • SEMESTRIELLE • N° 13 • PRINTEMPS 2017

*Le nouveau droit
des obligations
à l'épreuve de la pratique*

Sommaire

Le mot des rédacteurs en chef	p. 2
Les membres 2016/2017 de la Revue	p. 4
La Revue en 2016/2017	p. 5
Editorial	p. 6
<i>Le nouveau droit des obligations à l'épreuve de la pratique</i> Sébastien Pimont	
ACTUALITES	p. 8
<i>Vers l'adoption d'un Pacte Mondial pour l'environnement ?</i> Yann Aguila	p. 9
<i>L'autonomie procédurale : un principe en voie de disparition ?</i> Antoine Ciolfi	p. 13
DOSSIER THEMATIQUE : LE NOUVEAU DROIT DES OBLIGATIONS A L'EPREUVE DE LA PRATIQUE	p. 19
<i>Le prix dans le contrat : une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit commun des contrats et le droit du marché ?</i> Jean-louis Fourgoux	p. 20
<i>Un droit civil de l'environnement</i> Jean-Nicolas Clément	p. 30
<i>Les opérations de financement à l'aune de la réforme du droit des contrats</i> Marie-Cécile Rieu, Corinne Cuenca & Morgane Masotta	p. 37
<i>Le « déséquilibre significatif de droit commun » (article 1171 du Code civil) : enjeux et incidences pratiques</i> Nizar Lajnef	p. 46
<i>L'impact de la réforme du droit des obligations sur les contrats « digitaux »</i> Gérard Haas, Stéphane Astier & Paul Benelli	p. 53
<i>Les solutions amiables et la réforme du droit des contrats : la paix est la continuation de la guerre par d'autres moyens</i> Kami Haeri & Benoît Javaux	p. 63
A propos de la Revue des Juristes de Sciences Po	p. 71
A propos de l'Association des Elèves et Diplômés Juristes de Sciences Po (AJSP)	p. 72

Le mot des rédacteurs en chef

Paris, le 15 juin 2017

Chères lectrices, chers lecteurs,

Napoléon clamait à Sainte-Hélène : « *Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires ; ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil* ». Et il ne fait nul doute que, comme le firent en leurs temps les Lois des Douze Tables ou le Digeste de Justinien, le Code Napoléon aura marqué la construction du droit civil mondial. Il aura su s'imposer comme une référence mondiale, du Québec à l'Australie, en passant par le Maghreb et une partie de l'Europe.

Il aura, au fil des années, participé longuement au rayonnement, a minima juridique, mais aussi culturel de la France.

Pourtant, notre Code civil, à vocation universelle et intemporelle, se trouva confronté aux réalités du nouveau monde, celui du libéralisme, de la mondialisation, de l'industrie ou encore de l'économisme. Aux lois naturelles, aux mœurs, à l'équité, succède un nouvel impératif, emprunt de cette exigence de pragmatisme qui irrigue nos sociétés modernes : un Code civil plus libéral sur le plan social, sociétal, et économique mais aussi plus protecteur des parties vulnérables.

Les réformes en ce sens vont se succéder. D'abord sur le plan sociétal, où la réforme du droit de la famille, portée par le Doyen Carbonnier, transformera, dans ses tenants et aboutissants, la partie – si chère à Bonaparte – relative à la famille.

Par opposition, sur le plan contractuel, la réforme s'annonça moins aisée. Progressivement, le droit spécial prit le pas, à l'instar du droit de la consommation s'érigeant en bouclier des parties faibles au contrat. Le Code civil ne fit alors pour certains qu'office de guide général et son application pratique s'en trouva limitée. A l'occasion de son bicentenaire, réformer sa partie contractuelle fut un impérieux auquel nul ne pût échapper. De là naitront les projets dits *Catala* et *Terré*, ainsi qu'une série de consultations des professionnels du droit appelés à construire ensemble le nouveau droit français des obligations.

Chemin faisant, le 10 février 2016, le Gouvernement publiait l'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Au lyrisme du discours préliminaire de Portalis succède un pragmatisme assumé des auteurs du rapport au Président de la République. Place désormais au « *doing business* », au « *droit économique* » et aux exigences « *d'accessibilité, d'efficacité et de lisibilité* » du droit : en somme, un nouveau Code civil au fait des réalités d'un monde qui a changé.

Ce code, dont les piliers étaient la famille et la propriété, irrigue aujourd'hui bien d'autres pans de la société. Tel est le sens des contributions qui vous sont présentées dans ce numéro. Des opérations de financement à l'écologie, en passant par les modes alternatifs de résolution des conflits ou les

nouvelles règles relatives à la fixation du « prix », nos contributeurs se proposent d'étudier l'impact effectif du nouveau Code civil à l'aune de ses premières applications pratiques.

A nos contributeurs, l'ensemble de l'équipe de la *Revue des Juristes de Sciences Po* tenait à adresser ses plus chaleureux remerciements pour leur dévouement gracieux à la vie de cette revue.

Au Professeur Sébastien Pimont, directeur scientifique de ce numéro, l'ensemble de l'équipe de la *Revue des Juristes de Sciences Po* tenait à rappeler l'honneur que ce fut de travailler à ses côtés.

Enfin, à tous, les auteurs de ces lignes tenaient à adresser un mot d'au revoir. Nous avons eu l'honneur durant cette année universitaire de faire vivre cette revue avec le soutien inexorable de notre comité de rédaction dont nous tenons ici à remercier individuellement chacun de ses membres. Il en ressort pour nous une expérience riche, intense, et emprunte du souci de préserver, à notre échelle, la tradition de la pensée juridique critique française.

La *Revue des Juristes de Sciences Po* reviendra à l'Automne 2017 pour son quatorzième numéro. Son thème sera dévoilé à la rentrée prochaine et un appel à contributions sera lancé dans le même temps.

En attendant, nous vous souhaitons, chères lectrices, chers lecteurs, une excellente lecture.

Antoine Cioffi & Alexandre Gauthier
Rédacteurs en chef

Les membres 2016/2017 de la Revue

Les rédacteurs en chef



Antoine CIOLFI
M2 *Entreprises, Marchés, Régulations*



Alexandre GAUTHIER
M2 *Entreprises, Marchés, Régulations*

Le comite de rédaction



Hugo PASCAL
M1 *Droit économique*



Sarah GLASER
M1 *Droit économique*



Tony GARCIA
M1 *Droit économique*



Bela KELBECHEVA
M2 *Droit de l'innovation*



Taieb OTMANI
Année de césure au sein du cabinet *Gide Loyrette
Noel* puis à l'Université de *McGill*

La Revue en 2016/2017

L'année universitaire 2016/2017 fut riche en réalisations et évènements pour la *Revue des Juristes de Sciences Po*.

Outre l'affirmation de l'identité visuelle de la Revue avec la **création de son premier logo**, l'**élaboration de son site internet** a permis l'essor des articles en ligne. De témoignages d'étudiants à des entretiens avec de grands professeurs et praticiens en passant par un entretien exclusif avec Monsieur le Bâtonnier de Paris, ces articles ont rencontré un franc succès auprès de la communauté juridique. Les membres de la Revue 2016/2017 tiennent à remercier l'ensemble des contributeurs pour leur confiance : ce sont **9 articles en ligne** qui ont été rédigés cette année en langue française mais aussi anglaise.

Deux numéros traditionnels de la Revue sont également venus enrichir son catalogue : le numéro d'Automne 2016 sur *les crises de l'Union européenne* ainsi que ce présent numéro. La Revue est dorénavant éditée en **version imprimée** et distribuée à l'ensemble des contributeurs ainsi qu'aux cabinets d'avocats. La Revue est également disponible pour la première fois à la **Bibliothèque de Sciences Po**. Enfin, les membres de la Revue tiennent à remercier **LexisNexis** pour leur confiance et la publication de l'ensemble des numéros au sein de leurs bases de données.

Enfin, les rédacteurs en chef de la Revue se sont vus remettre le **Deuxième Prix du meilleur binôme en droit des affaires - Jones Day/ESSEC/Paris II** en avril dernier. Cette distinction fut notamment encouragée par leur investissement dans la Revue et la place grandissante que cette dernière occupe dans le paysage juridique français.



20 Avril 2017 - Antoine Ciolfi et Alexandre Gauthier (rédacteurs en chef) remportent le Deuxième Prix du Meilleur binôme en droit des affaires – Jones Day/ESSEC/Paris II.

Toute l'équipe 2016/2017 de la Revue tient à exprimer ses vœux les plus sincères de réussite à la prochaine équipe.

Editorial

Le nouveau droit des obligations à l'épreuve de la pratique



SEBASTIEN PIMONT

Sébastien Pimont est Professeur des Universités à l'Ecole de Droit de Sciences Po.

En dépit des apparences, le processus de réforme du droit des obligations n'est pas achevé. Evidemment, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations s'applique depuis le 1^{er} octobre 2016 ; chacun dispose aujourd'hui des moyens d'en apprécier les mérites et d'en comprendre les défauts ; pour y aider une littérature riche et savante existe déjà (elle s'ajoute et complète les nombreuses œuvres doctrinales ayant servi de modèle aux rédacteurs de la réforme). De tels signes ne doivent pas tromper : même si les articles 1100 à 1386-1 du Code civil sont réécrits et commentés, la transformation du droit des obligations est encore *silencieusement* à l'œuvre. Cela non seulement parce que le droit de la responsabilité, resté en dehors du domaine de l'ordonnance, est toujours en discussion - un avant-projet de réforme est disponible sur le site de la chancellerie. Ou encore parce que la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février n'a pas encore été votée (déposé le 6 juillet 2016, le projet de loi a été retiré par le gouvernement et redéposé sur le bureau du Sénat le 9 juin 2017). Mais surtout parce qu'une ordonnance ou une loi n'a jamais eu, seule, la force de changer le droit civil.

Ecrivant cela, on ne veut évidemment pas dire que l'entrée en vigueur d'un tel texte ne produira (ou n'a déjà produit) aucun effet. Il serait faux d'affirmer que la décision de faire disparaître la cause, de préserver la catégorie des quasi-contrats ou de consacrer le mécanisme de l'imprévision, pour ne parler que de cela, n'aura aucune influence concrète sur le droit positif. On ne pense pas non plus que le choix d'employer certains mots plutôt que d'autres (ex. « contrat » à la place de « convention » ; « effet translatif » au lieu d' « obligation de donner ») n'ait pas de portée pratique. Pas plus d'ailleurs que serait dénué de toutes conséquences tangibles l'élection d'un plan (les sources des obligations avant leur régime général) plutôt qu'un autre (l'inverse, sur le modèle du BGB.) afin de réorganiser l'économie du droit des obligations. Bien au contraire : dans le sillage d'une « révolution tranquille » (Cornu) transformée depuis quelques années en fièvre (re-)codificatrice, on peut même trouver des raisons de croire que l'avenir du droit des obligations dépendait de la rédaction d'un nouveau texte. Et qu'un grand nombre de questions pouvait être avantageusement et définitivement réglées par la réécriture des Titres III et IV du Livre III du Code civil. Une telle foi *nomophile* s'explique – elle s'excuse aussi peut-être. Le projet de rationalisation et de formalisation du droit n'a jamais cessé d'être celui de l'Etat, des milieux d'affaires et de la doctrine ; quant à l'acte de volonté législatif (loi ou ordonnance, qu'importe), il est depuis la Révolution l'instrument *idéal* et *moderne* d'une telle entreprise. Ce pourquoi la codification, en tant que projet politique, administratif et scientifique, demeure souvent l'Orient des civilistes français – notre horizon.

Sur ce registre, plus de deux cent ans après la loi du 30 ventôse an XII, on pourrait d'ailleurs se prendre à regretter les limites de la réforme du 10 février 2016. Et même à concevoir, non sans injustice, que l'ordonnance porte un projet de re-codification trop modeste. Car enfin, s'agissant de codifier, pourquoi n'avoir pas systématisé le droit des obligations à l'échelle de l'Europe ? Cela d'autant que, même réformé, notre droit demeure soumis à l'influence des droits européens du contrat – celui de l'Union européenne et celui issu de la jurisprudence de la C.E.D.H. C'est-à-dire menacé d'être déconstruit : à peine re-codifié, dé-codifié. Autre question : pourquoi n'avoir réécrit que le seul droit *civil* des contrats ? Et ainsi laissé en dehors du champ de la re-conceptualisation le droit des contrats quotidiens : celui de la consommation et celui des affaires, pour ne parler que d'eux. Qu'importe diront certains. Une telle tâche était sans doute impossible à réaliser. Et puis, après tout, la rationalisation juridique, le formalisme, peuvent aujourd'hui emprunter d'autres voies que la confection d'une loi civile nationale. Demain, de puissants algorithmes remplaceront, peut-être même avantageusement, tout à la fois nos codes et nos théories générales.

Quelle que soit la vocation de notre temps pour la législation, il n'en demeure pas moins que, comme nous le disions plus haut, le processus de réforme du droit des obligations n'est pas achevé. Il ne fait même que commencer. Pour le dire autrement, plus théoriquement, tout nouveau texte oblige à courir le risque de l'interprétation : à affronter un très grand flottement du sens des normes et à essayer de le circonscrire. Résultat : du fait de la réécriture des Titres III et IV du Livre III du Code civil, le droit des obligations pourrait pendant plusieurs années se trouver pulvérisé en une centaine (des milliers peut-être) d'actes de volonté, de compréhension et de formalisation (qui constituent ensemble l'interprétation). Pour cela, il sera marqué par beaucoup d'incertitudes. Combien de livres, de conclusions, de consultations, de jugements faudra-t-il rédiger ? De théories à produire ? D'hypothèses à formuler ? De plaidoiries à faire ? De conseils à donner avant de stabiliser le sens de la loi nouvelle ? On se souvient que la perspective d'un tel chambardement tracassait Planiol alors qu'il prescrivait l'inutilité d'une révision d'un code pourtant centenaire. Cent ans de plus viennent de passer et, pour le droit des obligations, un *Âge d'interprétation* s'ouvre. Nul ne sait s'il donnera naissance à une nouvelle génération d'exégètes ou s'il permettra de mettre fin à l'empire de la jurisprudence. Mais il est certain que la décision d'attribuer un sens plutôt qu'un autre à un mot ou une phrase de la loi n'appartient plus au législateur – si tant est qu'elle lui ait appartenu un jour depuis la disparition du référé législatif. C'est dans le fracas des intérêts contradictoires, sous la plume des avocats, des conseils, des notaires et finalement des magistrats, que *se formera* le droit des obligations – *qu'il est présentement en train de se former*. Autant dire que la portée réelle d'une réforme tient pour beaucoup à l'activité quotidienne des travailleurs du droit. Considérer de cette façon les modalités d'existence d'une telle réforme permet de comprendre que la source du droit est plus insaisissable, vague et incertaine que la lecture des manuels d'introduction ne le suggère. Tout autant que le législateur (*lato sensu*), l'auteur du droit est la communauté des juristes – celle dont le travail a inspiré l'ordonnance et qui aujourd'hui l'interprète. Le futur droit des obligations apparaît sous nos yeux comme *une œuvre collective et spontanée*. Bref, comme le suggère le présent numéro de la Revue des Juristes de Sciences Po, c'est bel et bien à l'épreuve de la pratique que le droit des obligations se fait.



ACTUALITES

Yann Aguila

Vers l'adoption d'un Pacte Mondial pour l'environnement ?



YANN AGUILA

Yann Aguila dirige le département droit public du cabinet Bredin Prat. Membre du Conseil d'Etat et Professeur à Sciences Po, il préside la Commission Environnement du Club des Juristes et est l'auteur d'un rapport visant à « renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement ».

La Revue des Juristes de Sciences Po a eu l'honneur de rencontrer Yann Aguila pour échanger autour d'une proposition forte : l'adoption d'un Pacte mondial pour l'environnement.

RJSP : Le droit de l'environnement a fait l'objet de nombreux pactes et accords ces cinquante dernières années. Vous proposez pourtant l'adoption d'un Pacte mondial pour l'environnement, quelles en seraient les spécificités ?

Yann Aguila : Le droit international de l'environnement se caractérise par une profusion de normes à caractère technique ayant pour objet principal ou accessoire l'environnement ou le développement durable, auxquelles sont adossées diverses institutions et organisations internationales.

L'adoption d'un véritable traité regroupant l'ensemble des principes fondateurs de cette matière donnerait au droit international de l'environnement la pierre angulaire dont il a besoin. Un texte universel à valeur obligatoire permettrait de mieux protéger les droits qui sont associés au droit à un environnement sain, et aussi de mieux affirmer nos responsabilités vis-à-vis de la nature. Rappelons que nous venons de célébrer, en 2016, le cinquantième anniversaire des deux pactes internationaux de 1966 (Pacte relatif aux droits civils et politiques et Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). Le moment paraît venu de compléter l'édifice par un Pacte consacrant une troisième génération de droits fondamentaux, ceux relatifs à la protection de l'environnement.

RJSP : Quel serait l'intérêt d'un tel pacte pour le droit international de l'environnement ?

Yann Aguila : Le premier intérêt d'un tel texte « totémique » est de fonder la matière. Le droit international de l'environnement a besoin d'unité. Caractérisé par sa fragmentation, il comporte un nombre important de traités disparates, portant sur des aspects techniques de la protection de l'environnement. On trouve des conventions sur le climat, la biodiversité, la désertification, les produits chimiques, *etc.* Elles fonctionnent selon des règles propres et se caractérisent par leur manque d'unité. Conclure un traité qui aurait pour objet global la protection de l'environnement permettrait de poser dans un texte unique les principes communs à l'ensemble de la matière. Les

conventions *spéciales* s'analyseraient alors comme les déclinaisons des principes *généraux* dans des domaines particuliers.

Le second intérêt d'un tel texte est de créer une dynamique normative et jurisprudentielle. A l'image de ce qui s'est produit en France avec la Charte constitutionnelle de l'environnement de 2004, l'existence d'un catalogue de principes féconds produit un impact profond sur le système juridique. L'expérience montre qu'un texte fondateur irrigue la jurisprudence à laquelle il appartient, selon la formule de Portalis, « *de mettre ses principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses prévues* ». Un tel texte crée une dynamique jurisprudentielle qui nourrit l'inspiration de l'ensemble des juridictions.

RJSP : L'absence ou l'insuffisance de caractère contraignant a souvent été perçue comme l'une des principales carences du droit international de l'environnement. Ce pacte parviendrait-il à rendre ce droit plus prescriptif ?

Yann Aguila : Il existe aujourd'hui plusieurs déclarations internationales sans portée juridique consacrant des principes en matière environnementale. Elles ont été adoptées soit à l'occasion des grandes conférences environnementales (*Déclaration de Stockholm* de 1972, *Déclaration de Rio* de 1992), soit sous forme de résolution de l'Assemblée générale des Nations unies (*Charte mondiale de la nature* de 1982, résolution n° 37/7).

Les déclarations internationales existantes sont toutefois dépourvues de force juridique. Le moment est venu de consacrer ces principes protecteurs de l'environnement dans un véritable traité, c'est-à-dire un acte ayant une valeur contraignante.

La différence entre une simple déclaration et un traité est fondamentale : on peut se prévaloir devant un juge des traités, tels que les pactes internationaux en matière de droits de l'homme¹. Le nouveau Pacte permettrait ainsi au juge interne de contrôler la conformité des lois et des règlements nationaux aux grands principes environnementaux – ce qui n'est pas possible à l'heure actuelle au regard des simples déclarations, sans portée normative. Certes, certains pays ont déjà consacré ces principes dans des textes à valeur constitutionnelle, comme la France avec la Charte constitutionnelle de l'environnement de 2004. Mais tel n'est pas le cas de nombreux pays qui, au mieux, se sont bornés à consacrer dans leur constitution un seul principe, le droit à un environnement sain. Le fait de disposer d'un véritable catalogue de principes fondateurs à caractère obligatoire compléterait utilement l'édifice juridique.

Le Pacte international pour la protection de l'environnement serait à la Déclaration de Rio ce que les pactes internationaux de 1966 sont à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : un acte venant donner force juridique obligatoire aux principes antérieurement consacrés sous la forme d'une simple déclaration.

Il faut rappeler que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 n'a pas de valeur juridique : elle avait pris la forme d'une simple résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies. Ce n'est que le 16 décembre 1966, pour lui donner une force obligatoire, qu'ont été adoptés deux pactes internationaux, le Pacte relatif aux *droits civils et politiques* et le Pacte relatif aux *droits économiques, sociaux et culturels*. Ces deux traités sont la transposition juridique, avec force obligatoire, de la Déclaration universelle.

¹ Cette possibilité existe toujours devant les juridictions internationales, puisqu'un traité engage les Etats parties. S'agissant des juridictions internes, la faculté d'invoquer un traité varie selon que le système juridique repose sur une conception moniste ou dualiste des rapports entre ordre interne et ordre international.

Le même processus pourrait être enclenché en matière environnementale. Il s'agit, sur le plan juridique, de prendre les droits environnementaux au sérieux.

RJSP : Quel en serait, en définitive, l'architecture ?

Yann Aguila : Un texte à vocation universelle en matière d'environnement, qui constituerait la pierre angulaire du droit de l'environnement. Il en fixerait les principes fondateurs, l'ensemble des conventions environnementales sectorielles s'analysant alors comme la déclinaison et la mise en œuvre de ces principes dans des domaines particuliers. On pourrait d'ailleurs imaginer que le Pacte contienne une clause finale interprétative, afin que les conventions sectorielles puissent être interprétées à la lumière des grands principes qui auraient été ainsi consacrés.

Il n'est pas nécessaire à ce stade de se prononcer sur son appellation : par commodité, on emploie ici le vocable de « Pacte », mais le texte pourrait fort bien s'intituler « Charte » ou encore « Convention ». Il en va de même de son contenu précis, qui resterait à préciser et à débattre. On se bornera ici à en dessiner les grandes lignes.

Ce texte pourrait reprendre les principes aujourd'hui consacrés par les déclarations et chartes existantes. Il s'agit de principes substantiels (principe de prévention, principe de réparation, droit de vivre dans un environnement sain) et des principes procéduraux (principe d'information et de participation du public, accès à la justice environnementale). La rédaction d'un Pacte international pourrait ici se faire quasiment « à droit constant ». Il s'agirait de reprendre dans un traité à caractère obligatoire les principes généraux déjà reconnus par ces déclarations, qui font l'objet d'un large consensus.

RJSP : En ce sens, quelle place faite vous aux différents juges, internes ou internationaux, en vue d'assurer le respect de ces normes environnementales ?

Yann Aguila : Sur le plan international, il pourrait être utile de prévoir des mécanismes de contrôle garantissant le respect du Pacte. Tel serait le cas de la création d'un Comité de suivi chargé de contrôler la mise en œuvre des principes consacrés par le Pacte, sur le modèle du Comité des droits de l'homme pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. A échéance périodique (par exemple tous les 4 ou 5 ans), chaque Etat transmettrait au Comité un rapport sur l'application du Pacte et, plus largement, sur la protection de l'environnement sur son territoire. Son examen par le Comité serait l'occasion de procéder, pour le pays concerné, à un bilan de l'état de l'environnement et des mesures prises par l'Etat pour le préserver. Le Comité de suivi pourrait en outre édicter des recommandations quant à l'interprétation des principes.

En outre, un chapitre pourrait être dédié au droit au recours, en vue de faire appliquer ses dispositions. Il serait notamment expressément prévu que le Pacte sera invocable devant les juridictions internes, dans le même esprit que celui de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme². La possibilité d'invoquer les conventions internationales dans l'ordre interne est

² Convention EDH, art. 13 : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une juridiction nationale ». Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme comporte une disposition spéciale pour organiser la possibilité pour les individus de disposer, devant les juridictions internes, d'un recours effectif permettant de se prévaloir des dispositions de la Convention. Tel est également le cas de la Convention d'Aarhus, qui comporte un article 9 relatif à « l'accès à la justice ». Après avoir posé dans les articles précédents les droits à l'information et à la participation du public, il s'agit de veiller à ce que toute personne dont les droits ont été méconnus « ait la possibilité de former un recours devant une instance judiciaire ».

une nécessité, tout particulièrement pour les conventions qui intéressent la matière des droits de l'homme.

Le rôle du juge interne est essentiel. Il faut à cet égard distinguer deux catégories de pays, selon qu'ils ont une conception moniste ou dualiste de l'ordre juridique. Alors que dans les premiers, les traités font directement partie de l'ordre juridique interne, dans les seconds, ils ne le sont qu'à condition qu'un acte national de transposition, souvent une loi, ait été adopté. Sous cette réserve, un tel Pacte pourra donc être invoqué devant les juridictions internes. Dès lors, le juge interne doit remplir une fonction fondamentale de gardien du respect, par l'Etat, de ses engagements internationaux.

C'est pourquoi également la société civile pourrait jouer un rôle important : bien souvent, elle a une mission de veille et de vigilance. Elle s'assure du respect par l'Etat des traités environnementaux et, le cas échéant, en cas de manquement, elle peut saisir les juridictions internes ou alerter les comités de suivi internationaux.

Antoine Ciolfi

L'autonomie procédurale : un principe en voie de disparition ?



ANTOINE CIOLFI

Antoine Ciolfi est élève-avocat à l'École de Formation du Barreau de Paris. Il a rejoint Sciences Po après une scolarité à l'Université Paris II Panthéon-Assas et à l'Université d'Oxford ; scolarité orientée vers le droit des affaires. Il est l'un des deux rédacteurs en chef de la Revue des Juristes de Sciences Po pour l'année universitaire 2016/2017.

A l'échelle européenne et en application du principe de subsidiarité, certaines compétences relèvent des autorités nationales. Ce transfert de compétences de la Commission européenne vers ces autorités impose de trouver un juste équilibre sur le plan procédural.

A l'inverse du droit substantiel, les Etats membres jouissent en matière de concurrence d'un privilège : le principe d'autonomie procédurale. Ne se cantonnant pas uniquement au droit de la concurrence, ce principe s'impose à toutes les procédures judiciaires. Néanmoins, pour l'objet de cette étude, il convient de se focaliser plus particulièrement sur les enjeux en matière de concurrence. Cette autonomie procédurale ou encore « institutionnelle » est instaurée pour garantir la souveraineté des Etats membres. Il est néanmoins fréquent que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) vienne entamer cette souveraineté en imposant des limites à ce principe. Régulièrement saisie au titre de questions préjudicielles ou par le biais de la procédure en manquement, il n'est pas rare qu'elle procède à une mise en balance des intérêts en présence. Cela peut se traduire par une véritable immixtion dans l'organisation procédurale des pays ; immixtion justifiée par l'objectif de totale efficacité de la norme européenne.

L'enjeu est ainsi d'apprécier l'impact du principe de l'autonomie institutionnelle sur la pratique du droit de la concurrence en Europe. Ce principe peut en effet conduire à de grandes disparités de solutions et de méthodes entre les différentes autorités nationales. Dans un environnement où le droit européen se fait de plus en plus imposant, il est pertinent de s'interroger sur le futur de ce principe.

Dans ce cadre, l'autonomie procédurale des Etats membres en matière de concurrence est-elle vouée à disparaître ?

Si le principe d'autonomie procédurale reste aujourd'hui consacré (**I**), son futur semble néanmoins incertain (**II**).

I. Un principe d'autonomie procédurale consacré

Le principe d'autonomie procédurale a été lentement mais sûrement instauré dans le droit de l'Union européenne afin de garantir une pleine coexistence des systèmes juridiques (**A**). Il n'en demeure pas moins qu'il se heurte à des limites qui, à terme, menacent les procédures nationales (**B**).

A. L'affirmation de l'autonomie procédurale

Le concept d'autonomie procédurale est apparu pour la première fois dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Il s'agit de l'arrêt *Rewe* de 1976 qui le formula en ces termes : « *en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire (...)* ». ¹ La Cour de justice de l'Union européenne l'a de nouveau évoqué dans un arrêt en date du 11 janvier 2000². Il était question de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) relatif au droit de toute personne d'être entendue équitablement par un tribunal indépendant. En l'espèce, la Commission devait divulguer des documents à une autorité de concurrence nationale mais la Cour affirma qu'il fallait vérifier si cela ne constituait pas une infraction en droit national. L'objectif visé était ici de garantir l'effectivité du droit de l'Union européenne. Dans cette affaire, l'effectivité en cause était celle de l'accès aux documents détenus par la Commission. L'expression « *respect des règles nationales* » est alors employée et entérine durablement l'autonomie de la procédure nationale interne.

Il faut néanmoins attendre le Règlement n°1/2003 pour voir ce principe pleinement affirmé au sein de l'article 35 : « *Les États membres désignent l'autorité ou les autorités de concurrence compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de telle sorte que les dispositions du présent règlement soient effectivement respectées (...)* ». Il convient de noter que l'expression « autonomie procédurale » se retrouve plus dans les essais doctrinaux que dans les textes européens ou la jurisprudence européenne : elle proviendrait des choix « *autonomes* » que font les Etats membres sur les moyens procéduraux de mise en oeuvre du droit de l'Union. En outre, les autorités nationales doivent appliquer les règles de fond du droit de l'Union européenne tout en respectant leurs propres règles de procédure et de sanction. Le terme n'est finalement pas exactement adapté car il vise à la fois les règles de procédure *stricto sensu* mais également les règles relatives aux sanctions (amendes et injonctions). Pour exemple, l'article 5 du Règlement n°1/2003 prévoit que toutes les autorités nationales de concurrence doivent pouvoir adopter des décisions d'interdiction, des décisions d'acceptation d'engagement ou encore des décisions accordant des mesures provisoires. L'article 5 est la seule indication procédurale donnée par l'Union. Ainsi, comment s'organise les autres pans procéduraux ? Les Etats membres devront ici suivre leurs propres règles.

Le principe de l'autonomie procédurale se voit cependant limité dans son application par d'autres grands principes du droit européen (**B**).

B. La limitation de l'autonomie procédurale

Consacrée, l'autonomie procédurale n'apparaît cependant pas absolue. En effet, elle est doublement limitée par les principes d'effectivité et d'équivalence du droit européen. Ces limites traditionnelles vont conduire à une érosion des droits nationaux en matière de procédure. Les règles nationales ne sont pas identiques en matière de procédure juridictionnelle : le renvoi au droit national peut impacter l'uniformité des règles du droit de l'Union et nuire à la protection des justiciables. Les principes d'effectivité et d'équivalence vont alors permettre une cohérence dans la mise en oeuvre du droit de l'Union. Le principe d'équivalence commande qu'il ne doit pas y avoir de règles discriminatoires pour l'application du droit de l'Union : la mise en oeuvre doit être identique à celle du droit national. La CJUE a retenu ce principe dans un arrêt *Palsimani*

¹ CJCE, affaire 33-76, 16 décembre 1976, *Rewe Zentralfinanz eG...*, point 13

² CJCE, affaires C-174-98 P et C-189-98 P, 11 janvier 2000, *Royaume des Pays-Bas et Van der Wal c. Commission*

en date du 10 juillet 1997. Son impact est certain sur la procédure car les règles de procédure nationale doivent s'appliquer indifféremment alors même que les recours sont fondés sur deux droits distincts. Si les règles de procédure nationale ne peuvent s'appliquer pour un recours fondé sur le droit de l'Union, la CJUE effectue un contrôle de proportionnalité afin de voir si les différences de procédures sont justifiées. Le principe d'effectivité implique quant à lui que les règles nationales ne peuvent porter atteinte à l'application effective des articles 101 et 102 du TFUE. Les Etats membres se voient imposer le respect absolu des droits reconnus par l'Union européenne aux justiciables. Cette responsabilité a pour conséquence le fait qu'une procédure nationale ne doit pas rendre impossible l'application du droit de l'Union européenne. Le principe d'effectivité est ainsi lié à celui de l'effet direct du droit de l'Union : la jurisprudence a donc jugé qu'il appartenait au juge national d'écarter la règle nationale contraire au droit communautaire même s'il n'en possède pas le pouvoir de par son droit national (*CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal*).

Sans immédiatement modifier les droits nationaux, ces deux principes ont eu des impacts relativement importants et demeurent à l'origine du rétrécissement de l'autonomie procédurale. L'arrêt *Johnston* de 1986 en constitue un bon exemple : cet arrêt obligea les Etats membres à prévoir dans leur droit interne un recours effectif pour invoquer le droit communautaire. Plus spectaculairement encore, la jurisprudence s'est prononcée sur un problème qui n'était pas prévu par les traités : la question des mesures provisoires. Lorsqu'il y a une contestation sur la conformité du droit interne au droit communautaire ou lorsqu'il y a une procédure préjudicielle devant la CJCE, que se passe-t-il pendant cette phase où la non-conformité au droit européen n'est pas encore jugée ? La CJCE³ a considéré que le droit national devait organiser des procédures permettant d'adopter des mesures provisoires pour la protection des droits garantis par l'Union européenne dans l'attente d'une décision sur le fond. Cela a donc engendré l'ouverture de procédures de référé pour obtenir des mesures provisoires de sauvegarde des droits découlant de l'Union européenne. Ainsi, si le droit interne ne prévoit pas de procédure mettant en oeuvre le droit de l'Union, il convient de la créer.

Ces deux limites au principe de l'autonomie procédurale impliquent de s'interroger sur son avenir et notamment au regard de la diversité originelle des procédures nationales de concurrence des pays européens (II).

II. Un principe d'autonomie procédurale menacé

Certains auteurs se sont interrogés sur l'avenir de l'autonomie procédurale. Il est vrai que les limites que lui impose le droit de l'Union ont engendré des modifications des procédures internes nationales. Les exemples ne manquent pas (A) et amènent à réfléchir sur une possible uniformisation des procédures internes à travers toute l'Union européenne (B).

A. Des multiples modifications des procédures nationales

Alors même que l'autonomie procédurale s'applique à tous les types de procédures, il convient d'analyser certaines modifications des droits internes au niveau des autorités de concurrence. Il est ainsi possible d'observer une érosion des règles internes au profit d'une uniformisation dictée par l'Union européenne. Même si chaque Etat membre est pleinement libre de choisir le modèle institutionnel de son autorité de concurrence, le droit européen peut considérablement influencer ce choix. C'est ainsi que, devant l'Autorité de la concurrence française, les règles nationales du Code de procédure civile s'appliquent mais ne peuvent entraver les principes d'effectivité et d'équivalence. Sur le plan des recours, ils sont exercés devant la cour d'appel de Paris. Ce recours

³ C.J.C.E., affaire C-213/89, 19 juin 1990, *Factortame Ltd*

n'était cependant pas ouvert à l'Autorité de la concurrence elle-même. L'arrêt *VEBIC* rendu en 2010 par la grande chambre de la CJUE⁴ a exigé que l'autorité de la concurrence belge puisse désormais être partie devant une cour d'appel en cas de recours. Cet arrêt a alors engendré une modification du droit interne français : l'Autorité de la concurrence peut ainsi désormais être défenderesse devant la cour d'appel lors des recours dirigés contre ses décisions. Cet exemple souligne le fait que le statut même des autorités de concurrence peut être modifié malgré le principe — théorique — d'autonomie des procédures. Du côté des pouvoirs des autorités nationales, un arrêt a retenu l'attention des commentateurs : il s'agit de l'arrêt *Tele 2 Polska* de 2011⁵. La CJUE a en effet décidé que les autorités nationales n'avaient pas compétence pour adopter des décisions en constat d'application de l'article 10 du Règlement (constatation d'inapplication) ; décisions qui sont de la compétence exclusive de la Commission. L'article 5 limite la compétence de l'autorité nationale en l'absence d'infraction à une simple adoption d'une décision de non-lieu. Il n'autorise cependant pas ces autorités à prendre des décisions constatant une absence de violation de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Prononcer cette décision reviendrait à entraver l'objectif d'application cohérente du droit de l'Union.

L'autonomie procédurale tend également à se réduire au niveau de la marge de manoeuvre laissée pour le règlement des affaires. Concernant les sanctions civiles, la CJUE a exigé dans les arrêts *Courage*⁶ et *Manfredi*⁷ que, pour préserver l'effet utile de l'interdiction des ententes, il fallait impérativement que toute personne puisse demander réparation des dommages issus de comportements anticoncurrentiels. Néanmoins, la question de la réparation des dommages ne relève pas de la compétence de l'Union européenne. Pour que cette interdiction des ententes soit effective, il est impératif que les Etats membres rendent possible la réparation. Il faut alors que les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales soient effectives. Les Etats membres doivent en outre préciser quelles sont les juridictions compétentes pour assurer la sauvegarde des droits des justiciables. Ces arrêts ont notamment entraîné une importante modification du droit procédural allemand (7ème amendement sur la loi contre les restrictions de la concurrence dans le *GWB*). De plus, il suffit de regarder plus précisément la lettre de l'article 5 du Règlement pour s'apercevoir que l'autonomie procédurale française a été impactée. En effet, cet article prévoit que toute autorité nationale doit se doter d'une procédure d'engagement. Le législateur français n'avait pas prévu cette possibilité pour l'Autorité de la concurrence. La procédure d'engagement prévue à l'article L464-2 du Code de commerce est entrée en vigueur uniquement en 2004 : les autorités nationales sacrifient parfois leur propre autonomie en anticipant les décisions de la CJUE. Ainsi, le droit européen dicte le sens de la marche au niveau de la répression et des sanctions.

Cette diminution du principe d'autonomie procédurale en droit de la concurrence permet d'envisager à moyen terme une convergence des procédures nationales européennes : situation remettant en question l'opportunité de ce principe (**B**).

B. Vers une convergence des procédures nationales ?

Il convient tout d'abord d'évoquer le Réseau européen de concurrence mis en place par le Règlement n°1/2003 pour les pratiques anticoncurrentielles. Ce réseau a notamment pour objet une activité générale de réflexion et de travail sur les textes entre les autorités nationales de

⁴ CJUE, affaire C-439/08, 7 décembre 2010, *VEBIC*

⁵ CJUE, affaire C-375/09, 3 mai 2011, *Tele 2 Polska*

⁶ CJCE, affaire C-543/99, 20 septembre 2001, *Courage v. Crehan*

⁷ CJCE, affaire C-295/04, 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico*

concurrence. Les groupes de travail se réunissent sur des questions portant sur les sanctions ou encore sur les secteurs d'activité (ex : distribution). Ce Réseau possède un bilan extrêmement positif en ce sens qu'il propose des solutions pour l'avenir et des réflexions sur le futur du droit de la concurrence. La réflexion sur une convergence des règles de procédure est la bienvenue : en effet, les sanctions mais aussi les pouvoirs d'enquête pourraient être concernés. Le principe de l'autonomie procédurale semble menacé par ce travail constant de réflexion mais, néanmoins, il résiste encore à ce rapprochement des autorités nationales de concurrence. Pour Bruno Lasserre, il convient de renforcer l'harmonisation procédurale dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. La mise en place du Réseau européen de concurrence ne fut que la « convergence de phase I » : il convient dorénavant de mettre en place la phase II. Cette phase II serait une véritable convergence des droits nationaux en matière de pouvoirs d'enquête mais aussi au niveau des sanctions. L'ancien président de l'Autorité de la concurrence souligne d'ailleurs une situation paradoxale : les autorités nationales appliquent in fine le même droit matériel mais édictent des sanctions différentes. Ce dernier suggère ainsi d'étendre ce système de réseau au traitement des concentrations.⁸

Enfin, certains auteurs appellent à une véritable convergence des procédures nationales. Pour Benjamin Cheynel⁹, l'autonomie procédurale s'est réduite à une « *peau de chagrin* » si bien qu'il est opportun de questionner sa véritable opportunité. Les principes d'effectivité et d'équivalence ont terriblement grignoté les marges laissées aux Etats membres. A cette question de convergence vient se greffer celle de l'intrusion de la CJUE dans une compétence normalement réservée aux Etats membres. Réduire considérablement l'autonomie procédurale reviendrait à ne plus respecter la souveraineté des membres de l'Union. Ainsi et à l'instar de la coopération que l'on trouve dans le cadre du Réseau européen de concurrence, il conviendrait d'avoir une réflexion d'ensemble sur l'harmonisation des procédures internes plutôt que de laisser la CJUE porter un coup d'arrêt définitif au principe d'autonomie procédurale.

Bibliographie

Ouvrages généraux :

- D. Mainguy, M. Depince, *Droit de la concurrence*, Paris, LexisNexis, Manuels, 2015, 400 p.
- M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Sirey, « LMD », 2014, 350 p.

Thèses :

- M. Roccati, « *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile* », Thèse de doctorat en droit, sous la direction de Marie-Laure Niboyet, Paris, Université Paris Ouest-Nanterre La Défense, 2011, 587 p.

Revue :

- E. Chevrier, *L'autonomie procédurale en droit de la concurrence*, Recueil Dalloz 2005, p. 72
- B. Cheynel, *L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ?*, Revue Lamy de la Concurrence 2007, n°13

⁸ B. Lasserre, *Dix ans après : quel avenir pour le Réseau européen de concurrence ?*, Revue Concurrences N°4-2014, Doctrines pp. 74-82

⁹ B. Cheynel, *L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ?*, Revue Lamy de la Concurrence 2007, n°13

- E. Claudel, *Feu le principe d'autonomie procédurale ?*, Revue Concurrences N° 1-2015, article n° 70953
- P. Girerd, *Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ?*, R.T.D.E., 2002, p. 91
- L. Idot, *Mise en oeuvre des articles 101 et 102 TFUE par les autorités spécialisées (public enforcement) : entre réapparition des questions de procédure et encadrement de l'autonomie procédurale des autorités nationales*, RTD Eur. 2013, p. 846
- B. Lasserre, *Dix ans après : quel avenir pour le Réseau européen de concurrence ?*, Revue Concurrences N°4-2014, Doctrines pp. 74-82
- B. Le Baut-Ferrarese, *Le juge judiciaire acteur de l'intégration normative dans le cadre de l'autonomie procédurale nationale*, RDT Eur. 2014, p. 438
- F. Zivy, *Réguler la concurrence : un principe particulièrement nécessaire à notre temps. Réflexions sur les fondements constitutionnels d'un droit très politique*, Revue Lamy de la Concurrence 2015, n°42



DOSSIER THEMATIQUE

Le nouveau droit des obligations à l'épreuve de la pratique

Jean-Louis Fourgoux¹

Le prix dans le contrat : une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit commun des contrats et le droit du marché ?



JEAN-LOUIS FOURGOUX

Avocat à la Cour de Paris et au Barreau de Bruxelles, Jean-Louis Fourgoux est spécialiste du droit de la concurrence et du droit de l'Union européenne. Président de l'Association Française d'Étude de la Concurrence (AFEC), il est également chargé d'enseignement en droit de la concurrence à Sciences Po Paris. Il intervient également à l'École Nationale de la Magistrature, à l'EFC de Bordeaux et chez Dalloz Formation. Rapporteur français pour la recherche menée par la Starcklyde University Law School et la Commission Européenne sur le private enforcement, il est aussi co-auteur du Guide pratique du Contentieux de la Concurrence et du fascicule Juris-Classeur commercial sur les pratiques restrictives de concurrence et de la chronique sur les pratiques restrictives de concurrence à la revue Concurrences. Jean-Louis Fourgoux est aussi ancien Président du réseau international d'avocats GESICA.

« **C**hacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi », ainsi est consacré par l'article 1102 alinéa 2 du Code civil, issu de la réforme du droit des obligations, le principe de la liberté contractuelle.

Ce principe traduisait une inclinaison libérale du droit au début du XX^e siècle, le Code civil de 1804 privilégiant l'autonomie de la volonté et, par conséquent, la liberté contractuelle, car « *tout contrat libre est un contrat juste quel que soit le contenu* »². Cette justice contractuelle idéalisée (mise à rude épreuve par le développement de la contractualisation de masse : contrats d'adhésion...) peut-elle néanmoins toujours recouvrir le prix ? Les évolutions successives obscurcissent la réponse qui ouvre la porte du contrôle par le juge du prix contractuel.

Poursuivant un objectif de reconstruction de l'économie française, l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945, dans le cadre d'une économie dirigiste, offrit au ministre de l'Economie le pouvoir de fixer les prix et les marges par voie d'arrêté et de sanctionner le prix illicite.

Le principe de libre fixation des prix fut par suite expressément proclamé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986³, dont on a récemment fêté les trente ans⁴, principe qui figure aujourd'hui à l'article L. 410-2 du Code de commerce ainsi qu'à l'ancien article L. 113-1 du Code de la

¹ L'auteur remercie Céline Mouraud, étudiante en M2, pour son aide dans la préparation de cet article.

² E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique : thèse Dijon 1912

³ Cl. Lucas de Leyssac et Ch. Gavaldà D.1986 chr. 187, *Le mort saisit le vif commentaire de l'ordonnance du 1^{er} Décembre 1986* ; J.M. Mousseron, V. Sélinsky, D. Ferrier Sem. Jur. EA N1 1987, 14840

⁴ Colloque AFEC les 30 ans de l'ordonnance du 1^{er} Décembre 1986, Lextenso actes et colloques à paraître

consommation : « les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

Si la liberté de fixation du prix apparaît aujourd'hui comme un dogme en apparence inébranlable dans une économie de marché ordolibérale, des brèches ont toutefois été ouvertes de manière transversale par le droit commun (I) et le droit du marché (II), avec des intensités et objectifs différents, mais cumulatifs.

I. La remise en cause nuancée du caractère immuable du prix par le droit commun

La réforme du droit des contrats, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, a consacré plusieurs apports quant à la fixation du prix dans le contrat, apportant de la souplesse par l'adoption d'une approche plus pragmatique et économique. Si certaines dispositions permettent aux parties de prendre en compte les circonstances et le contexte, et apportent ainsi des nuances au caractère immuable du prix, (A) la liberté relative des parties pour retenir un prix de référence n'a pas été totalement abrogée du droit commun des contrats (B).

A. Les nuances apportées au caractère immuable du prix

La plus significative avancée du Code civil dans la remise en cause de l'intangibilité du prix figure à l'article 1195 du Code civil qui offre désormais aux cocontractants la faculté d'une révision des conditions du contrat pour « *changement de circonstances imprévisibles* ». Le juge devient ici une troisième partie au contrat, et en adaptera les conditions.

Loin de favoriser la sécurité juridique entourant le contrat, la caractérisation de telles circonstances imprévisibles semble ouvrir les portes de débats animés entre les parties et le juge, invité à s'immiscer dans l'adaptation du prix. Ainsi que Françoise Auque a pu le souligner, « *l'imprévisibilité suppose, en quelque sorte, que le juge se glisse dans la peau des contractants pour vérifier ce qu'ils ont pu ou non prévoir* »⁵. Cette mesure est une de celles de la réforme qui interroge le plus la liberté contractuelle, bien qu'inspirée par l'équité et non sans rappeler la doctrine de la « *frustration* » à l'anglaise⁶. En l'absence de caractère d'ordre public de cette disposition, elle pourra néanmoins être écartée par les parties.

Une potentielle remise en cause est portée par la réforme du droit des obligations à la liberté contractuelle par l'introduction d'une disposition sanctionnant le déséquilibre significatif au sein du contrat à l'article 1171 du Code civil. Si à priori cette disposition ne devrait pas intéresser le prix en ce que son alinéa 2 dispose que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* », il reste à voir l'interprétation que feront les juges de cette exclusion de principe. Ironent-ils jusqu'à contourner l'exclusion comme l'a récemment fait la première chambre civile de la Cour de cassation en matière de droit de la consommation (cf. infra) ? L'avenir du déséquilibre significatif nous le dira.

Le caractère immuable du prix dans le contrat semble s'éroder un peu plus par le jeu des clauses d'indexation du prix, érosion entamée par la jurisprudence et confortée par la réforme du droit des obligations. Poursuivant initialement le principe traditionnel du caractère immuable du prix dans le contrat, les pouvoirs publics sont venus interdire ou réglementer les clauses d'indexation

⁵ Françoise Auque, Retour du juge par la loi ? L'ordonnance réformant le droit des obligations : les nouveaux articles 1171 et 1195 du Code civil, AJDI 2016 p. 184.

⁶ *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B & S 826.

par deux ordonnances de 1958⁷ et 1959⁸, aujourd'hui reprises aux articles L. 112-1 à L. 112-3 du Code monétaire et financier. Ces textes posent le principe d'interdiction des clauses d'indexation : « *l'indexation automatique des prix de biens ou de services est interdite* », ainsi que d'interdiction de l'indexation d'une clause sur un indice général, exception faite des obligations alimentaires. Pour toutes les autres obligations, les indexations sont limitées en ce que l'indice doit être en lien direct avec l'objet de la convention ou de l'activité des parties. La réglementation de l'indexation avait initialement été conçue comme une arme de défense de la monnaie nationale, à une époque où un fort risque d'inflation existait. Avec les années, cette interdiction a été interprétée avec plus de souplesse, la jurisprudence admettant notamment la licéité d'indices n'ayant qu'une relation indirecte avec l'objet du contrat. Les juges ont également fait preuve de souplesse lorsque, par mégarde, les parties avaient indexé une obligation sur un indice illicite. En effet, la Cour de cassation a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'annuler la clause d'indexation, mais qu'il valait mieux procéder à une substitution d'indices⁹.

Cette solution audacieuse au regard des principes traditionnels du droit français qui s'opposent à l'immixtion du juge dans le contrat est confortée par la réforme des obligations, et le nouvel article 1167 du Code civil qui prévoit expressément que « *lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus* ». Changeons l'indice plutôt que de renoncer au contrat, solution pragmatique mais intrusive.

Enfin, les articles 1164 et 1165 du Code civil consacrant pour partie la jurisprudence de la Cour de cassation officialisent la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres¹⁰. Certes cette possibilité semble à première vue limitée et encadrée dès lors qu'en cas de contestation, pèse désormais sur le créancier une obligation de motivation de la fixation du prix. La solution jurisprudentielle antérieure a conduit les auteurs les plus visionnaires à parier que faire peser la charge de la preuve de l'abus sur le débiteur vouait à l'échec la contestation possible et à la stabilité du contrat¹¹. Le Rapport au Président de la République a explicité le renversement de la charge de la preuve qui implique d'« *exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties* ». Or les hypothèses dans lesquelles un rapport mathématique existe entre le prix fixé et le produit ou le service objet du contrat sont rarissimes, ouvrant les vannes de nombreuses contestations. Par ailleurs, si la résiliation judiciaire est prévue en cas de contestation pour le contrat cadre, elle ne l'est point pour le contrat de prestation de service, renforçant l'insécurité des cocontractants.

Toujours dans ce cadre, l'absence de prise en compte par la réforme de l'éventualité de voir le prix fixé par le juge en l'absence d'accord entre les parties, admise en jurisprudence pour certains contrats de prestation de services comme le contrat d'entreprise, limite *a priori* le contrôle judiciaire du prix¹² et souligne la relative liberté des parties (B).

B. La liberté relative des parties à fixer le prix dans le contrat

Certaines dispositions du droit civil semblent consacrer un retour à la prédominance du prix retenu par les parties dans le contrat.

⁷ Ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959

⁸ Ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificatives pour 1959

⁹ Cass., Civ., 3^{ème}, 22 juillet 1987 n° 84-10548.

¹⁰ Cass., ass. Plén., 1^{er} Déc 1995 Bull. n° 7 D 1996 13 L. Aynes.

¹¹ Ch. Jamin La détermination du prix : les apports au droit du contrat-cadre : RTD Com. 1997 p.19.

¹² Voir, notamment Cass., 1^{ère} civ., 24 novembre 1993 n°91-18.650.

A ce titre, le nouvel article 1223 du Code civil, qui reprend le mécanisme de réfaction des prix jusqu'ici admis dans les ventes commerciales et dans certaines hypothèses limitées comme l'action estimatoire en matière de garantie des vices cachés, l'étend à tout contrat en permettant que le créancier puisse « *accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix* ».

Si la mise en œuvre de cet article est subordonnée à un rapport de proportionnalité entre l'inexécution partielle et la réduction, il revient cependant au créancier de décider de ladite proportionnalité. D'une certaine façon, la proportionnalité prise comme critère d'adaptation du prix de référence obligera à un calcul qui sera plus simple pour les biens fongibles (règle de trois ?), mais plus subjectif pour les autres produits ou services. Le juge sera saisi en cas de contestation et pourra *in fine* statuer sur la proportionnalité. Ce nouveau mécanisme pourrait susciter un contentieux initié par des cocontractants procéduriers estimant qu'ils sont en droit d'obtenir une réduction du prix pour une exécution imparfaite, subjectivement appréciée au sein des contrats dans lesquels l'objet n'est pas défini précisément.

De la même façon, la proportionnalité en partant d'un paramètre financier initial accepté par les parties permettra au juge de moduler les clauses pénales mais en proportion puisque le nouvel article 1231-5 du Code civil dispose notamment : « *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.* »

Si la liberté contractuelle semble à première vue atteinte par la réforme du droit des obligations, il faut surtout y voir un accroissement de la flexibilité, et de l'adaptation par les parties elles mêmes.

Suivant d'autres objectifs, une remise en cause d'une plus forte intensité de la liberté contractuelle a également eu lieu, d'abord par le droit de la concurrence, puis par les droits de la consommation, et enfin plus récemment, de la distribution, ce que Claude Lucas de Leyssac englobait dans le droit du marché.

II. Une remise en cause sensible de la liberté contractuelle amorcée par le droit du marché

La vérification du prix par les juridictions ressort d'un mouvement prétorien récent de rééquilibrage du contrat en protégeant la partie faible au contrat de consommation (**A**), et de distribution, bien qu'acquise de longue date du fait de l'objectif de protection du système de concurrence effective dans le droit de la concurrence (**B**).

A. La protection du consommateur « à tout prix » par un rééquilibrage du contrat

Le droit de la consommation n'est pas épargné par ce vaste mouvement de remise en cause de la liberté contractuelle dans le contrat initié ici par le législateur puis la jurisprudence interne et européenne. C'est sûrement dans cette matière que la vérification du prix introduite par le juge est la plus visible.

Ce mouvement a été relancé par le législateur d'abord qui, en réformant le Code de la consommation par ordonnance du 14 mars 2016 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016, n'a pas jugé bon de réaffirmer le sacro-saint principe de la libre fixation des prix, anciennement énoncé à l'article L. 113-1 du Code de la consommation. Simple oubli ou lapsus législatif révélateur ?

Mais ce recul de la liberté contractuelle est également perceptible s'agissant des clauses abusives.

L'article L. 212-1 du Code de la consommation, inspirateur symétrique de l'article 1171 du Code civil nouveau, proscribit les clauses abusives. Il y est précisé que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

Il paraît important à ce stade de noter que la rédaction de cet article, découlant directement de l'article 4§2 de la Directive 93/13/CE ne facilite pas l'essor de la liberté contractuelle. En effet, le fait de mêler le caractère abusif (le fond), à la clarté et la compréhensibilité des clauses (la forme), permet d'attirer le juge vers un contrôle du contenu contractuel en invoquant un défaut de forme. La tentation est grande pour les juges de contrôler le prix dès lors que le demandeur plaide l'ambiguïté ou le manque de clarté d'une clause.

L'article R. 212-2 du Code de la consommation répond à son équivalent législatif en fixant une liste de clauses dites « noires », soit présumées irréfragablement abusives. Classiquement, le fait pour le professionnel de se réserver le droit de modifier unilatéralement le prix du contrat constitue l'une d'entre elles. Il paraît important de souligner une étape franchie par l'arrêt du 12 octobre 2016¹³ qui contourne ainsi l'interdiction de principe d'apprécier le caractère abusif d'une clause quant à l'adéquation du prix au service offert.

Dans les faits de l'espèce, il était reproché à deux sociétés offrant des prestations sociales d'inclure dans leurs contrats-types des clauses aux termes desquelles « *le temps de trajet des intervenantes est inclus dans le temps de prestation* ». Un arrêt de la Cour d'appel de Riom en date du 1^{er} avril 2015 avait déjà accueilli la demande du consommateur contestant cette disposition contractuelle. La Cour de cassation rejette le pourvoi, estimant que « *le mode de calcul du prix de la prestation ainsi stipulé créait une réelle incertitude quant à la durée effective de celle-ci, le prix de la prestation fournie étant modifié en fonction du temps de trajet, la cour d'appel a pu en déduire que cette clause plaçait le consommateur dans l'impossibilité de connaître et maîtriser son coût, de sorte que, ne bénéficiant qu'au prestataire, elle entraînait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du consommateur et qu'elle était abusive* ».

Cet attendu de principe marque une évolution nette vers le contrôle des prix abusifs. Sans même stigmatiser le caractère obscur ou ambigu de la clause comme elle le fait habituellement pour contrôler le prix dans les contrats de consommation, la première chambre civile conclut à son caractère abusif.

Elle commence par affirmer que ce mode de calcul du prix n'aurait pas permis au consommateur de connaître le coût et que, dès lors, son consentement n'aurait pas été éclairé.

Suite à l'établissement du consentement non éclairé, la Cour de cassation en déduit que, la clause ne bénéficiant qu'au prestataire, elle entraînait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de sorte qu'elle était abusive. L'esprit même de la théorie des clauses abusives semble cependant dépassé, puisque l'objectif premier du contrôle des clauses abusives était de lutter « *contre les déséquilibres inhérents aux clauses du contrat et non pour assurer l'équivalence globale entre la prestation fournie et le prix demandé* »¹⁴.

¹³ Cass., 1^{ère} civ., 12 octobre 2016, n°15-20.060.

¹⁴ J. Calais-Aloy, H. Temple, *Droit de la consommation* : Précis Dalloz, 2015.

Cette solution n'en est pas moins conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵, qui juge que la directive ne s'oppose pas à la réglementation espagnole qui autorise un contrôle juridictionnel du caractère abusif des clauses portant sur la définition de l'objet du contrat ou sur le prix, même si elles sont claires et compréhensibles, dès lors que la directive 93/13/CE sur les droits des consommateurs est une directive d'harmonisation minimale, laissant la possibilité aux Etats membres d'adopter des dispositions plus strictes.

L'Avocat Général Wahl¹⁶ entendait limiter à des cas exceptionnels le contrôle du prix fixé dans un contrat de consommation pour viser « *les cas, concrètement rarissimes, eu égard à l'absence de barème, où un rapport quasi mathématique peut être établi entre la qualité de la prestation fournie et la rémunération de celle-ci* ».

Les difficultés que soulèvent un tel contrôle sont fréquemment rappelées. Le juge peut-il devenir un économiste à la place des parties ? Les risques d'appréciation subjective du prix sont grands, *a fortiori* dans le domaine du droit de la consommation où le juge pourrait vouloir (sur)protéger le consommateur aux dépens des professionnels.

Il est intéressant d'observer l'approche légitimiste adoptée par la Cour de cassation, sous la même composition dans une affaire similaire tendant également vers un contrôle des dispositions financières. Dans l'arrêt du 26 avril 2017¹⁷, les conditions générales de vente d'Air France, notamment la clause faisant référence à la facturation de « frais de services » pour, entre autres, l'émission d'un nouveau billet, sans nulle autre précision quant à la nature ou au montant de ces frais, ont été passées au crible du déséquilibre significatif.

Le cœur du problème se trouvait, là encore, dans l'ignorance par le consommateur du coût final, créant à son désavantage une « *impossibilité de connaître et maîtriser son coût* ».

La Cour de cassation se place sur le fondement de l'ancien article R. 132-1 4° du Code de la consommation qui présume une clause abusive de manière irréfragable dès lors qu'elle « *confère le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat* » au professionnel. En effet, pour la Cour de cassation, « *une telle référence, opérée sans autre précision, laisse au professionnel le pouvoir de déterminer librement les frais en cause, sans que le consommateur ait eu connaissance de règles de principe préalablement fixées et permettant leur fixation* ».

Ainsi, l'arrêt du 26 avril consacre un contrôle indirect des frais imposés par le contrat rédigé par le professionnel.

Cette extension de l'immixtion du juge dans le contrôle du prix appliqué au consommateur alors que celui-ci a le choix de contracter ou de ne pas contracter, est évidemment encouragée entre professionnels si la concurrence sur le marché peut être affectée ou pour encadrer les relations de distribution.

B. Une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit de la concurrence et de la distribution

Le droit de la concurrence contribue également à la remise en cause de la liberté contractuelle de fixation du prix, d'un côté par le « grand » droit de la concurrence et l'objectif de protection d'un système de concurrence effective (1), et d'autre côté par le « petit » droit de la concurrence et le

¹⁵ CJUE, 3 juin 2010, *Caja de Alhorros y Monte de Piedad de Madrid*, aff. C-484/08.

¹⁶ Conclusions de l'A.G. Wahl sous l'arrêt Arpad Kasler, C-26/13, point 69.

¹⁷ Cass., Com., 26 avril 2017 n° 15-18.970.

rééquilibrage du contrat par la nouvelle interprétation de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (2).

1. Le droit des pratiques anticoncurrentielles

Au motif de la sauvegarde d'une concurrence effective, un contrôle étatique est porté sur la fixation du prix. Le droit de la concurrence, qui s'est développé avec la construction de l'Union européenne, vise à établir des conditions de concurrence libre et non faussée pour les opérateurs économiques.

D'abord, rémanence quasi-anecdotique de l'ordonnance du 30 juin 1945, les articles L. 410-2 du Code de commerce et L. 113-1 (ancien, non repris) du Code de la consommation, permettent à l'Etat de fixer les prix par voie d'arrêté, et ce dans deux cas limités :

- En cas d'insuffisance de la concurrence : l'Etat a pu se saisir de ce fondement pour intervenir en Outre-mer en cas de difficultés durables d'approvisionnement, ou encore pour réglementer les tarifs des taxis¹⁸.
- En cas de hausse ou de baisse excessive des prix : à ce titre, une crise d'envergure nationale pourrait conduire l'Etat à agir sur ce fondement.

Ensuite, et de manière plus actuelle, le droit des pratiques anticoncurrentielles permet un contrôle des coûts qui, là encore, remet en cause la liberté contractuelle.

En effet, pour les entreprises en position dominante, sur lesquelles pèse une responsabilité particulière de non atteinte à la concurrence, sont prohibées les pratiques abusives par l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), repris à l'article L. 420-2 du Code de commerce. Au titre des pratiques abusives, plusieurs pratiques tarifaires sont dénoncées, permettant ainsi au juge ou à l'Autorité de la concurrence de contrôler les prix. Si ce contrôle semble unanimement admis aujourd'hui, le rôle didactique de la Cour de justice et de la Commission, en tant que guide du juge national, a permis cette acceptation.

A ce titre, sont prohibés les prix prédateurs, même si ce fondement ne donne pas lieu aujourd'hui à de nombreuses décisions. Dans ce cas, des instructions ont été données au juge lui permettant d'évaluer le coût par un test de coût établi par la Cour de justice¹⁹, sous le nom de « Test Areeda-Turner ». Aux termes de ce test, si les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont inférieurs à la moyenne des coûts variables de production, les pratiques en cause sont alors irréfragablement présumées abusives. En revanche, si les prix pratiqués sont inférieurs aux coûts totaux de production, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, les pratiques ne sont abusives qu'à condition d'en prouver l'intention prédatrice.

Sont également interdites les pratiques dites de « ciseau tarifaire », à savoir lorsqu'un opérateur dominant, qui dispose de l'infrastructure essentielle à la mise à disposition du bien ou du service dérivé (tel un pont, ou un réseau téléphonique), lors de l'ouverture à la concurrence se voit dans l'obligation d'offrir l'accès à cette infrastructure à ses concurrents, et pratique de tels prix d'accès sur le marché amont, que les nouveaux entrants devront pratiquer sur le marché dérivé des prix négatifs pour rester compétitifs. Dernièrement, les pratiques de TDF sur le marché de la diffusion hertzienne depuis le site de la tour Eiffel ont été considérées, faute d'espace économique suffisant

¹⁸ Arrêté du 2 novembre 2015 relatif aux tarifs des courses de taxi.

¹⁹ CJUE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie* aff. C-62/86

pour son concurrent TowerCast, anticoncurrentielles car l'empêchant de proposer des offres alternatives à celles de TDF²⁰.

Enfin, les interdictions ayant fait couler le plus d'encre ces dernières années sont les interdictions des pratiques de différenciation tarifaire et des remises tarifaires. La question des remises tarifaires a, et continue, de susciter une vague de modernisation dans l'appréciation des abus de position dominante. L'appréciation des abus de position dominante, initialement appréciée de manière très formelle en utilisant des catégories prédéfinies par la Commission et la Cour de justice, se voit remise en cause par le travail des économistes, et l'introduction d'une approche plus économique du droit de la concurrence. L'arrêt *Intel*, dont le pourvoi est en cours d'examen devant la Cour de justice, illustre la cristallisation de cette tension entre approche formelle et approche économique.

Dans cette décision, le constructeur de micro-processeurs avait procédé à des remises tarifaires auprès de certains distributeurs. Le Tribunal de l'Union²¹, encore figé dans une approche formelle, a défini trois catégories dans lesquelles il range les différents types de remises :

- Les rabais purement quantitatifs, qui sont justifiés par des économies d'échelle sont licites ;
- Les rabais de fidélité, dont l'octroi est lié à une obligation d'approvisionnement qui pèse sur le client et peut aller jusqu'à l'exclusivité sont présumés restrictifs de concurrence par objet (à savoir qu'ils peuvent jouir d'une dérogation, mais dont la charge de la preuve sera très difficile voire quasi-impossible à rapporter).
- Les rabais « fidélisants » sont toute une gamme de rabais, à mi chemin entre les deux précédentes catégories, pour lesquels il faut prouver un effet d'éviction d'un concurrent sur le marché pour caractériser leur illicéité.

Suite au pourvoi formé par Intel, l'Avocat Général Wahl, dans ses conclusions du 20 octobre 2016²² propose, suivant une approche plus économique et moins formaliste, d'accueillir le pourvoi et de rejeter la catégorisation formelle du Tribunal de l'Union. Reste à voir ce qu'en dira la Cour de Justice... Plus de liberté de concurrence ou plus de liberté dans la fixation du prix ?

Quoiqu'il en soit, ce recours à une approche davantage économique semble réconcilier la liberté contractuelle de la fixation du prix mise à mal par les dossiers de la Commission et que le droit de la distribution élargit en France.

2. Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la distribution

Pour rappel, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce sanctionne, dans les relations commerciales entre deux professionnels, le fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Cette rédaction est une copie presque conforme de l'article 1171 du Code civil et de l'article L 212.1 du Code de la consommation, mais dispose d'un champ d'application plus large.

²⁰ Autorité de la concurrence, « Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles », Résumé de la décision du 11 juin 2015 relative à des pratiques mises en œuvre par TDF sur le site de la Tour Eiffel [<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=15-D-10>].

²¹ Tribunal de l'Union européenne, 12 juin 2014, *Intel Corp. c. Commission*, aff. T-286/09

²² Conclusions A.G. Wahl, aff. C-413/14 P, 20 octobre 2016

Par un arrêt très remarqué du 25 janvier dernier²³, la Chambre commerciale de la Cour de cassation nous livre une interprétation du déséquilibre significatif atteignant la liberté contractuelle de fixation du prix en confortant la Cour d'appel de Paris dans son approche élargie du champ d'application²⁴.

Dans le contexte de la grande distribution, le ministre de l'Économie reprochait à la centrale d'achat du groupe Leclerc (Galec) d'avoir soumis les distributeurs à des contrats instaurant un déséquilibre significatif à raison de clauses prévoyant des ristournes de fin d'année (RFA) au bénéfice du distributeur.

De manière didactique, la Cour de cassation écarte l'interprétation de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce de celle des dispositions relatives au déséquilibre significatif en droit de la consommation (article L. 212-1 du Code de la consommation). Nul ne saurait nier l'existence de « *différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie de personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés* ». Dans sa décision 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a jugé qu'eu égard à la notion de déséquilibre significatif en droit de la consommation « *dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence* », l'infraction à l'article L. 442-6, I, 2° « *est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* »²⁵. En se départissant de la notion consumériste, la Chambre commerciale semble vouloir faire de l'infraction de l'article L. 442-6, I, 2°, dans un souci d'efficacité, une notion autonome.

Au-delà de cette liberté vis-à-vis de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation n'entend pas non plus l'appel du législateur dans son ordonnance de réforme du droit des obligations. Ainsi, la limite expressément posée à l'application du déséquilibre significatif de l'article 1171 du Code civil, qui ne peut porter sur l'adéquation du prix à la prestation, aurait pu, eu égard au caractère général des dispositions civilistes, s'entendre en une limite adressée communément aux dispositions sanctionnant un déséquilibre significatif. Peut-être doit-on y voir un interventionnisme de la part de la Cour de cassation, qui utilise ce moment opportun pour démarquer sa jurisprudence en matière de distribution de la jurisprudence de droit commun. Il faut en effet rappeler que les deux corps de règles ne suivent pas le même objectif, et peuvent ainsi diverger quant aux solutions suivies. Par ailleurs, le contrôle des négociations tarifaires par le recours au déséquilibre significatif a bien été présenté comme un garde-fou à l'abrogation de l'interdiction de discrimination par la loi LME du 4 août 2008.

Maints outils sont à la disposition du juge, lui permettant de contrôler le prix en droit de la distribution : outre les articles L. 442-6, I 1° et 4° sanctionnant respectivement la disproportion du prix des services, et la menace de rupture des relations commerciales, le déséquilibre significatif permet désormais également de le contrôler.

Dans ce nouveau mode de contrôle, les juges devront se justifier et défendre leur vision du prix. Au-delà des critiques récurrentes mais de moins en moins fondées de l'absence de formation économique du juge, et de la difficulté à évaluer la proportion d'un déséquilibre, le contentieux risque également d'être fourni et parfois complexe.

²³ Cass., Com., 25 janvier 2017 n° 15-23.547 : L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion, S. Le Gac-Pec Sem Jur. EA 2017, 1135 ; M. Behar Touchais la prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales à propos de l'arrêt Galec Sem. Jur. 2017, Doct. 255 ; F. Buy D 2017 p.481

²⁴ CA Paris, 23 mai 2013 n°12/01166 Ikéa ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015 n°13/19251 Le Galec.

²⁵ Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011 n°2010-85 QPC.

Si la liberté de fixation du prix peut sembler mise à mal par cette nouvelle jurisprudence, il est cependant légitime de se demander si l'on peut toujours parler de « liberté contractuelle » eu égard aux modes contractuels utilisés aujourd'hui, par lesquels en règle générale le fournisseur se trouve en situation d'infériorité face à la grande distribution, qui a pré-rédigé tous les termes du contrat. Le fournisseur ne se trouve donc pas en situation de « *déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* », comme la liberté contractuelle le dicterait.

Face à cette situation dans laquelle la partie faible n'a souvent pas d'autre choix pour sa survie économique que d'accepter le contrat proposé, un tel contrôle du prix apparaît salvateur pour elle, et peut finalement marquer le regain d'une certaine forme de liberté contractuelle à son profit dès lors que la menace du contrôle judiciaire pèse sur la partie en position de force...

En conclusion, les diverses entorses à la liberté contractuelle des parties dans la détermination du prix sont le signe d'une évolution législative qui touche tant le droit commun que le droit du marché. Un proverbe persan recommande de ne pas ouvrir la porte que vous seriez incapable de refermer. Pour les défenseurs de la liberté d'imposer contractuellement le prix à leur cocontractant et au juge, n'est-il pas trop tard en empêchant un retour en arrière dans le contrôle de l'équilibre contractuel ?

Jean-Nicolas Clément

Un droit civil de l'environnement



JEAN-NICOLAS CLEMENT

Jean-Nicolas Clément est diplômé de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris (section service public) et titulaire d'un DEA en droit de l'environnement de l'Université Paris II-Panthéon Assas. Avocat inscrit au Barreau de Paris depuis 1990, il est en charge des activités en droit de l'environnement au sein du cabinet Gide Loyrette Nouel.

Les sciences de la nature et l'écologie se doivent de réserver leur attention aux espèces invasives et aux phénomènes de colonisation des milieux par des espèces exogènes. Dans le même ordre d'idées, le juriste ne peut, pour sa part, rester insensible ni à la place croissante occupée dans la sphère juridique par les préoccupations environnementales, ni aux développements législatifs induits qui ne sont pas sans rappeler l'emprise sur les milieux de ces espèces expansionnistes. De fait, le droit de l'environnement s'est longtemps et modestement construit à l'ombre d'autres branches du droit (droit public général, droit public et privé des biens, droit de la responsabilité civile...) auxquels il empruntait des instruments, notamment procéduraux, et quelques notions opérantes ; ensuite, autour de quelques textes fondateurs, il a su développer des instruments spécifiques, se structurer et gagner en autonomie au point d'être reconnu comme une matière à part entière¹ - même si celle-ci se voyait immédiatement rattachée de force à la sphère du droit public, ou qualifiée, faute de mieux, de « transverse » -.

Force est de constater qu'aujourd'hui, non content de cette reconnaissance mais fort de la place éminente de l'écologie au sein des préoccupations sociales, le droit de l'environnement est parti à la conquête d'autres espaces au sein même des matières qui auparavant l'abritaient : c'est ainsi que nul ne conteste plus sérieusement l'existence d'un droit répressif de l'environnement², objet d'une politique pénale spécifique³.

Bien évidemment, il ne peut être sérieusement contesté l'existence de liens très anciens entre les canons du droit civil, notamment le droit de la responsabilité ou celui des biens, avec des considérations de nature environnementale, mais ces liens étaient accidentels et *a posteriori* sans réflexion préalable, ni construction anticipant les situations d'espèce. A cet égard, l'année 2016 aura été l'occasion de ce qui, très justement, a pu être qualifié d'avènement d'un droit civil de l'environnement⁴, et ceci à un double titre : d'une part, il sera constaté que certaines des dispositions de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (publiée au JO du 11 février et entrée

¹ Si, au-delà de l'énoncé des grandes lois du milieu des années 1970, il fallait matérialiser cette consécration par un marqueur symbolique, il sera relevé qu'en 1982 la maison d'édition Dalloz faisait paraître la première édition d'un « Code de l'environnement », dont la publication est devenue annuelle à partir de 2001.

² En témoigne l'ouvrage de Dominique Guihal, Jacques-Henri Robert et Thierry Fossier, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 4^{ème} ed. 2016

³ Circulaire du 21 avril 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement

⁴ M. Hautereau-Boutonnet, *La loi biodiversité ou l'avènement du droit civil de l'environnement*, BDEI, 2016, n°65

en vigueur le 1^{er} octobre 2016), si elles ne concernent pas directement le droit de l'environnement, sont dans son champ d'application dotées d'une résonance particulière (I) ; d'autre part, la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages est venue inscrire dans le Code civil les principes de réparation du préjudice écologique, tout en introduisant dans notre droit les règles relatives aux obligations réelles environnementales (II).

I. Les aspects environnementaux de l'ordonnance sur le droit des contrats

La réforme du droit des contrats a un objet et un champ d'application qui vont très au-delà des problématiques environnementales ; mais, et c'est là fort symptomatique de l'évolution décrite ci-dessus, dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, les implications environnementales de ce texte pourtant de pur droit civil ont été envisagées. A ce titre, il faut ici revenir en particulier sur deux points, d'une part, l'obligation générale d'information précontractuelle (A), et d'autre part, la situation des engagements volontaires (B).

A. L'obligation générale d'information précontractuelle

Le nouvel article 1112-1 du Code civil dispose que : « *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 ».

L'introduction dans le Code civil de cette disposition générale a un double effet : d'une part, dans le champ strict du droit de l'environnement, elle vient fournir un fondement textuel à l'obligation d'information qui jusqu'alors n'existait que sur une base limitée et devait se combiner avec la jurisprudence ; d'autre part, pour l'ensemble des contrats, cette nouvelle disposition crée le réceptacle dans lequel l'ensemble des considérations environnementales s'intégreront au champ contractuel.

S'agissant du premier point, l'obligation précontractuelle d'information en matière environnementale se trouvait déjà encadrée au plan des textes notamment par l'article L. 514-20 du Code de l'environnement qui dispose que : « *lorsqu'une installation soumise à autorisation ou à enregistrement a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation* ». L'obligation ainsi énoncée se caractérise par un champ d'application limité : elle ne concerne que les seuls contrats portant vente du terrain ; le terrain concerné doit avoir été le siège non seulement d'une activité mais de plus, pour que le texte s'applique, celle-ci doit être soumise au régime particulier des installations classées pour la protection de l'environnement, et encore seules ne sont concernées que les installations classées soumises à autorisation, à l'exclusion des

installations simplement déclarées ou enregistrées. Ce champ d'application restreint et ces limites conduisaient alors à recourir aux règles générales de l'obligation précontractuelle d'information de droit commun⁵, dès que la situation d'espèce se trouvait hors du champ de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement, ou lorsque c'était le cas en surajoutant les exigences dans des conditions parfois peu harmonieuses.

Le nouveau régime de droit commun permet de généraliser l'obligation d'information à l'ensemble de rapports contractuels en lien avec le droit de l'environnement. S'agissant des installations classées pour la protection de l'environnement, l'article 1112-1 du Code civil a ainsi vocation à imposer au vendeur d'informer l'acquéreur de l'existence de l'installation, et ce quel que soit le régime dont l'installation relève (autorisation, enregistrement ou déclaration), que celle-ci soit en cours d'exploitation ou non, et quelle que soit la modalité de transmission (cession de fonds de commerce, de droits sociaux etc.).

Mais surtout, l'obligation d'information va couvrir de façon uniforme l'ensemble des préoccupations environnementales des parties et va servir de lieu d'échanges réciproques entre celles-ci de façon très ouverte pour peu qu'un élément soit déterminant au consentement. En effet, et la pratique l'a illustré, le texte de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement fait certes peser une obligation d'information sur le vendeur ; mais c'est sur l'acheteur une fois informé que pèse la recherche et l'appréciation des dangers ou inconvénients importants du site et le devoir de s'informer, ce alors qu'il ne dispose pas forcément de tous les moyens pour ce faire.

B. Les engagements volontaires

Il est de plus en plus fréquent que les entreprises soient amenées à communiquer des informations sur leurs choix et objectifs en matière environnementale, soit à titre obligatoire dans le cadre de leurs obligations en termes de responsabilité sociale et environnementale, soit volontairement dans le cadre de leur communication interne ou commerciale. Relevant de la *soft law*, la nature et la portée juridique de ces engagements des entreprises étaient débattus, et ce d'autant plus que si la question est restée un temps théorique, elle ne l'est plus dès lors que le public a peu à peu tenu les acteurs économiques comptables, y compris judiciairement, de leurs engagements ou de leurs prises de position.

Des fondements aux poursuites avaient pu être trouvés sur le terrain du droit de la consommation ; par ailleurs, la jurisprudence civile avait posé le principe que l'engagement unilatéral, pris en connaissance de cause, d'exécuter une obligation naturelle transforme celle-ci en obligation civile et se trouve par conséquent susceptible d'exécution⁶. Afin de consacrer législativement cette position de la jurisprudence⁷, le nouvel article 1100 du Code civil dispose désormais que : « [Les obligations] *peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui* ».

Cette disposition, saluée comme le seul apport positif des trois nouveaux articles introduisant le titre sur les obligations⁸, trouvera rapidement son application dans tous les domaines jusqu'alors de la *soft law*, et notamment s'agissant des engagements en matière sociale⁹ et environnementale des entreprises.

⁵ L'obligation précontractuelle d'information avait été consacrée en jurisprudence dans le cadre environnemental (par exemple voir prévues Civ. 3^e, 16 mars 2011, n°10-1053 s'agissant de la présence d'amiante).

⁶ Cass., civ., 1^{re}, 4 janvier 2004, n°02-18904.

⁷ Voir sur ce point le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

⁸ N. Dissaux et C. Jamin, Commentaire sous les articles 1100, 1100-1 et 1100-2 dans Code civil, Dalloz

⁹ Gamet, *Droits de l'Homme au travail, urbi et orbi*, Droit social, 2016. 1029

Force est cependant de constater qu'une fois noté le caractère prometteur de ce nouvel article, des interrogations devront être levées pour en concrétiser l'application.

Certaines interrogations déjà relevées auparavant perdurent en dépit de l'entrée en vigueur de l'article 1100 nouveau. Tel est le cas, et c'est finalement la question de base, de la détermination des critères permettant de distinguer les libres propos de ceux constituant la source d'une obligation, et différencier l'engagement purement éthique – et donc personnel – de celui tourné vers autrui et constituant une promesse. Les principes déjà mis en œuvre par les juridictions, notamment en matière de publicité commerciale, seront bien évidemment source d'inspiration, mais le nouveau texte contient en lui-même et systématise des lignes directrices pour son application : en effet, il indique que l'obligation à ce titre résultera de l'expression d'une position morale (un « *devoir de conscience* »), dirigée vers des tiers extérieurs (« *envers autrui* »), pouvant matériellement faire l'objet d'une exécution – donc appréciable dans sa réalisation – et au plan temporel déjà exécutée ou ayant fait l'objet d'une promesse d'exécution.

D'autres questions sont plus spécifiques au nouveau texte et, parmi d'autres, celle de l'articulation de cet article 1100 et du deuxième alinéa du nouvel article 1100-1, aux termes duquel les actes juridiques - et c'est bien le cas de l'engagement unilatéral - « *obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* ». Les contours et les conditions de la mise en œuvre de la réserve introduite par la formule « *en tant que de raison* » restent à ce jour incertains.

II. Les aspects civilistes de la loi biodiversité

Le moins qui puisse être dit de la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* est que, si elle n'est pas toujours dépourvue d'ambiguïté, elle est particulièrement riche et emporte des effets sur toutes les composantes du droit de l'environnement.

Mais au-delà de cette richesse, cette loi du 8 août 2016 retient l'attention puisqu'elle constitue le premier véritable texte de droit civil environnemental, c'est-à-dire un texte qui, directement et délibérément, crée des outils relevant du droit civil pour traiter de problématiques environnementales. La contribution à cet égard la plus visible de la loi biodiversité réside dans la reconnaissance législative du préjudice écologique (A) ; mais la loi biodiversité doit également être saluée en ce qu'elle vient mettre à l'honneur l'instrument contractuel en posant les bases du régime juridique des obligations réelles environnementales et des contrats de compensation (B).

A. La reconnaissance législative du préjudice écologique

Il ne s'agit pas ici de refaire l'historique désormais bien connu qui a conduit de l'identification d'un préjudice écologique distinct de celui supporté par les individus (le préjudice écologique dit « pur »), à la mise en œuvre de solutions jurisprudentielles constructives pour en assurer une réparation jusqu'à la réflexion¹⁰, puis finalement l'introduction, dans le Code civil, des dispositions nouvelles de la loi biodiversité.

Il suffira seulement de rappeler que jusqu'alors, si la réparation des préjudices de nature environnementale supportés par des personnes juridiques était somme toute aisée sur des fondements bien connus (réparation sur le fondement des articles 1382, 1384 al.1 ou de la théorie des troubles anormaux du voisinage), il s'agissait d'une vision à la fois patrimoniale et anthropocentrée du préjudice.

¹⁰ Rapport Jégouzo « pour la réparation du préjudice écologique » présenté à la Garde des Sceaux le 17 septembre 2013

Certes, la loi du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale envisageait le « *dommage causé à l'environnement* » comme « *les détériorations directes ou indirectes mesurables de l'environnement* » (L. 161-1 du Code de l'environnement), dommage qui est distinct d'un préjudice personnel (article L. 162-2 du Code de l'environnement). Mais le régime défini par la loi de 2008 a été peu appliqué, en raison des vices intrinsèques du système mis en œuvre tenant à une énumération limitée des activités et des dommages concernés et surtout au fait que, loin de créer un véritable régime de responsabilité, il s'agit davantage d'une police administrative.

Certes, à partir de 2012¹¹, la jurisprudence pouvait être créditée d'avoir confirmé que la loi du 1^{er} août 2008, dans son champ d'application, ne faisait pas obstacle à l'application du droit commun de la responsabilité, et dans ce cadre d'avoir isolé un préjudice écologique objectif et autonome défini comme l'« *atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction* ». Mais une fois cette jurisprudence saluée, celle-ci laissait planer des incertitudes au plan pratique (notamment le passage d'affaires emblématiques à une application générale ou encore la détermination des montants d'indemnisation) comme théorique (par exemple quid de ces solutions jurisprudentielles au regard du principe de la réparation intégrale du préjudice ?).

Le nouvel article 1246 introduit par la loi biodiversité dans le Code civil - et cette localisation au cœur du droit de la responsabilité est un symbole utile - constitue dès lors une avancée décisive en proclamant que désormais : « *toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer* ».

A la généralité de ce principe d'une responsabilité sans faute, les articles suivants viennent apporter des précisions et limites, tout d'abord en définissant le préjudice écologique comme une « *atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* » (article 1247 nouveau), en énumérant ensuite les personnes habilitées à demander réparation (article 1248 nouveau : « *L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations, agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance, qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement* »).

Le législateur a également défini les modalités de la réparation, en prenant en compte les caractéristiques du préjudice écologique et en articulant celles-ci avec d'éventuelles mesures prises sur le fondement de police administrative (article 1249). Il faut aussi retenir qu'est érigée à titre de principe la réparation en priorité par nature (ce qui évite bien la confusion avec le préjudice moral) ; ce n'est qu'en cas d'impossibilité de la réparation par nature, que la réparation prendra la forme de dommages et intérêts qui, par dérogation au principe de libre disposition, seront affectés à la réparation de l'environnement (B).

B. Le recours aux mécanismes contractuels : les obligations réelles environnementales et les contrats de compensation

Si l'inscription du préjudice écologique a légitimement été relevée tant par la doctrine que par les médias, la loi Biodiversité du 8 août 2016 comporte deux éléments plus discrets, mais tout aussi novateurs et ferments de développements futurs. De fait, la loi Biodiversité vient introduire dans le Code de l'environnement un nouvel article L. 132-3 relatif aux obligations réelles environnementales et vient par ailleurs, dans le cadre de sa généralisation de l'obligation de compensation, préciser le cadre des contrats qui peuvent être conclus par les opérateurs.

¹¹ Cass., crim., 25 septembre 2012, n°10-82938 (affaire Erika) ; Crim. 22 mars 2016, n°13-87650.

L'obligation réelle environnementale répond à une problématique apparemment simple : comment assurer la conservation pérenne d'un bien doté d'une valeur écologique ? Ou, plus précisément, comment assurer cette préservation du bien autrement que par l'intervention autoritaire et unilatérale du détenteur des pouvoirs de police administrative ?

Des réponses préexistaient, notamment la convention de gestion, qui permet de mettre le bien à disposition d'une personne compétente dans le domaine environnemental. Mais il s'agit d'une obligation personnelle, qui ne grève pas le bien et ne se transmet pas aux différents ayants droit. De même, des réflexions s'étaient développées autour d'une possible servitude conventionnelle environnementale (dans le cadre en particulier des articles 637 et 686 du Code civil), mais le régime en paraissait inadéquat car nécessitant un rapport réel entre deux fonds appartenant à des propriétaires distincts et ne pouvant à titre de principe qu'accueillir des interdictions de faire, là où l'environnement réclame des obligations positives.

Dépassant les catégories traditionnelles, et notamment la classification entre obligations personnelles et obligations réelles, la loi Biodiversité vient consacrer l'obligation réelle environnementale en ces termes : « *les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* » (article L. 132-3 du Code de l'environnement).

Ce qui frappe à la première lecture de l'article L.132-3 précité, c'est la place laissée à la liberté contractuelle : c'est ainsi que les parties sont libres dans la fixation de la durée du contrat (la seule limite est celle de l'interdiction des engagements perpétuels) ; dans le champ de cet article, les parties sont de même libres du contenu du contrat, de son objet et de ses stipulations (on ne saurait imaginer habilitation plus large que « *les obligations réelles que bon leur semble* »).

Seule la nature de l'obligation est fixée puisqu'il est expressément prévu qu'elle est de nature réelle. Elle peut être négative (c'est le cas de la limitation d'activités), mais aussi positive (c'est le cas pour des travaux de restauration du milieu ou la mise en œuvre de bonnes pratiques écologiques). Les seules limites à la liberté contractuelle portent sur l'obligation d'obtenir l'accord préalable du preneur dans le cas où le propriétaire a consenti un bail rural¹² sur son fonds et l'impossibilité de remise en cause des droits liés à l'exercice de la chasse, ainsi que ceux relatifs aux réserves cynégétiques.

Des incertitudes devront cependant être levées pour une mise en œuvre effective de ces obligations réelles environnementales. S'agissant notamment des parties au contrat, puisqu'à ce jour seul le propriétaire de l'immeuble peut y consentir, ce qui conduit à s'interroger en cas de démembrement de la propriété ; de même la définition de la « *personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement* » manque de précision.

Enfin, revers probable de cette grande liberté contractuelle et du souhait de laisser l'initiative aux propriétaires, force est de reconnaître que ceux-ci sont en l'état peu incités à recourir à ce nouveau procédé : à cet égard, l'absence de droits d'enregistrements et de taxe sur la publicité foncière pourraient ne pas suffire.

¹² Même si on ne fait ici que la signaler, il faut constater l'importante complexité de la combinaison du texte nouveau avec les baux ruraux et la distinction qu'elle conduit à opérer entre bail rural en cours et bail rural à intervenir.

Quant aux dispositions relatives aux contrats de compensation, elles s'inscrivent pour leur part dans le prolongement d'un des éléments phares de la loi sur la biodiversité, à savoir la généralisation de l'obligation de compensation comme traduction du principe d'action préventive et corrective.

Certes, la notion de compensation était déjà présente dans notre droit de l'environnement, et ce dès la loi n°76-629 du 10 juillet 1976 *relative à la protection de la nature*, de même qu'elle est présente dans les textes communautaires notamment ceux servant de base au réseau Natura 2000.

La loi du 8 août 2016 vient donner un nouvel élan à la notion en précisant dans la nouvelle rédaction de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement que le principe d'action préventive et de correction « *implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées* ».

Pour mettre en œuvre les mesures de compensation¹³, la personne soumise à l'obligation peut y satisfaire directement. Mais, elle peut aussi recourir à deux types de contrats de compensation qui se trouvent organisés par la loi : le débiteur de l'obligation de compensation peut tout d'abord conclure un contrat avec un opérateur de compensation qui est « *une personne publique ou privée chargée, par une personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité, de les mettre en œuvre pour le compte de cette personne et de les coordonner à long terme* » (L. 163-1 III) ; ce contrat vise donc à confier à l'opérateur de compensation la réalisation des actions compensatoires au lieu et place du débiteur de l'obligation de compensation. Le second contrat a trait à « *l'acquisition d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation défini à l'article L. 163-3* » du Code de l'environnement, qui indique que les sites naturels de compensation sont des opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité mises en place par des personnes publiques ou privées, justement aux fins de mettre en œuvre les mesures de compensation.

Là encore, un certain nombre d'incertitudes sur ces contrats devront être levées. Mais comme chacun des éléments rappelés ci-dessus, qu'ils soient issus de textes civilistes ou des textes d'origine environnementaliste, ils manifestent une double évolution : d'une part, la place donnée au contrat comme instrument de régulation dans le domaine de l'environnement et de sa protection, jusqu'alors présenté comme le territoire de polices administratives par construction rétives aux procédés contractuels, d'autre part et, par voie de conséquence, l'émergence en la matière d'un droit civil dédié.

¹³ Ces mesures visent un objectif d'absence de perte nette voire de gain de biodiversité (L. 163-1 I du Code de l'environnement).

Marie-Cécile Rieu, Corinne Cuenca & Morgane Masotta

Les opérations de financement à l'aune de la réforme du droit des contrats



MARIE-CECILE RIEU

Marie-Cécile est avocate depuis 1997. Elle est spécialisée en droit du financement avec une expertise particulière en matière de financements de projet et PPP. Elle intervient tant pour les emprunteurs (grands groupes ou PME) que pour les prêteurs (banques françaises et internationales, investisseurs privés).



CORINNE CUENCA

Corinne est avocate depuis 2003. Elle a débuté sa carrière en M&A et droit des sociétés et a développé une expertise complémentaire en droit des contrats, appliquée en particulier aux projets énergétiques.



MORGANE MASOTTA

Morgane est élève-avocat à l'École de Formation du Barreau de Paris. Titulaire du M2 Droit des obligations civiles et commerciales de l'Université Paris V, elle fait partie de l'équipe Droit du financement du cabinet d'avocats FIDAL.

Conformément à la loi d'habilitation du 16 février 2015, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été adoptée le 10 février 2016¹. En l'absence de travaux parlementaires permettant d'éclairer ses dispositions, seul le rapport au Président de la République² peut en fournir un guide d'interprétation. Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, elle n'a toujours pas, à ce jour, été ratifiée par le législateur. Si l'ordonnance n'est pas pour autant caduque, elle n'a pas, jusqu'à sa ratification, valeur législative.

Cette réforme a eu pour principal objectif de renforcer la sécurité juridique, par une meilleure lisibilité et accessibilité du droit des contrats, et d'accroître l'attractivité du droit français, en assouplissant ou simplifiant certains mécanismes jugés trop complexes.

L'ordonnance a ainsi réécrit entièrement les titres III à IV bis du Livre III du Code civil relatifs au droit des contrats, au régime général et à la preuve des obligations. Elle a également procédé à une codification à droit (presque) constant de certains grands principes dégagés par la jurisprudence, tels que l'offre³ et la promesse unilatérale de contrat (laquelle ne peut toutefois plus

¹ Ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016

² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, JORF n°0035 du 11 février 2016

³ C. civ., art. L. 1114 et s.

être efficacement révoquée pendant le délai d'option⁴) ou l'exception d'inexécution (qui peut désormais être anticipée en cas de défaut potentiel⁵). Enfin, l'ordonnance a abandonné la notion de cause (jugée trop imprécise) et celle d'objet du contrat, remplacées par celles de contenu et de but⁶.

Les dispositions de l'ordonnance s'appliquent aux contrats conclus après son entrée en vigueur. La loi antérieure survit ainsi pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, sauf exception⁷. L'application de ce principe peut toutefois se révéler plus complexe dans certains cas : ainsi les contrats renouvelés, y compris ceux reconduits tacitement à compter du 1^{er} octobre 2016, donnent naissance à de nouveaux contrats dont le contenu sera soumis au droit nouveau⁸.

On notera par ailleurs que l'ordonnance fixe les règles générales applicables à tous les contrats, sous réserve, comme l'indique l'article 1105 du Code civil, des « *règles particulières à certains contrats [qui] sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux* ». En outre, ses dispositions ont, sauf mention contraire, un caractère supplétif⁹. Ainsi, s'agissant des contrats de financement, les règles figurant au Code monétaire et financier (convention de compte, contrats-cadre de services de paiement, cession Dailly, etc.) ou au Code de la consommation (crédits à la consommation et immobilier) conservent leur portée. Dès lors, les contrats conclus par les banques avec des consommateurs ne sont pas directement concernés par la réforme. En revanche, les contrats conclus avec des professionnels le sont davantage.

Dans le cadre nécessairement limité de la présente étude, nous n'examinerons pas certaines règles nouvelles qui, sans être dépourvues d'impact sur les contrats de financement, nous semblent avoir en réalité peu d'incidences sur la pratique actuelle. Il en va ainsi de celles concernant la multi-représentation¹⁰ (qui ont un peu inquiété les pools bancaires, mais qui ne devraient pas modifier l'actuel recours au mandat donné à l'agent du crédit et des sûretés – dont le régime vient d'ailleurs d'être modifié¹¹), de l'obligation d'information précontractuelle de l'article 1112-1 (le banquier étant déjà soumis à un devoir d'information et de mise en garde de l'emprunteur), du devoir de confidentialité de l'article 1112-2 (au vu du secret bancaire), des nouvelles règles gouvernant l'offre, l'acceptation et la promesse de contracter citées plus haut (encore qu'une attention particulière doive être portée à la rédaction des avant-contrats usuels, *MOUs* ou *term sheets*) ou encore de l'exception d'inexécution anticipée précitée (qui pourrait se révéler plus malaisée à mettre en œuvre que les clauses habituelles des contrats de financement relatives aux cas de défaut, et notamment au cas de défaut potentiel).

Nous mettrons en revanche l'accent sur les règles nouvelles du Code civil qui simplifient les opérations sur obligations (I), ainsi que sur les principales innovations introduites par l'ordonnance, nouveaux points de vigilance pour les acteurs des opérations de financement (II).

⁴ C. civ., art. L. 1124

⁵ C. civ., art. L. 1220

⁶ C. civ., art. L. 1128 et 1162

⁷ Ordonnance n° 2016-131, art. 9, qui prévoit une exception pour les trois actions interrogatoires des articles L. 1123 al. 3 et 4, L. 1158 et L. 1183

⁸ C. civ., art. L. 1214 et 1215

⁹ Le rapport au Président de la République rappelle que seule la mention de la nature impérative d'un texte lui confère un caractère d'ordre public.

¹⁰ C. civ., art. L. 1161

¹¹ Ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017

I. Des opérations sur obligations simplifiées

La réforme facilite la circulation et la transmissibilité des obligations, ce qui pourrait simplifier les opérations de financement complexes, sans pour autant révolutionner la pratique. La cession de contrat est désormais possible, le régime de la cession de créance a été remanié et la cession de dette fait son apparition dans le Code civil.

Cession de contrat - Pour la première fois, la notion de cession de contrat est consacrée en droit français¹². Celle-ci n'est pas conçue comme la simple adjonction d'une cession de dette et d'une cession de créance¹³, mais bien comme la cession de la qualité de partie à un contrat appréhendé comme un tout. Le consentement de la partie qui reste contractante (le cédé) est nécessaire, sans que cette règle ne soit réellement contraignante puisque ce consentement peut être donné par avance. Par principe, le cédant reste tenu solidairement avec le cessionnaire, sauf si le cédé accepte de le décharger¹⁴. Les sûretés initiales subsistent, sauf si le cédant a été libéré, auquel cas les sûretés accordées par des tiers ne subsistent qu'avec leur consentement¹⁵.

On mesure facilement l'usage que pourraient faire les parties à un contrat de financement de la cession de contrat, en particulier dans les hypothèses de syndication. Pour autant, il n'est pas certain que ce mécanisme se révèle plus intéressant que la cession de créance pratiquée couramment par les banques, d'autant que celle-ci ne nécessite plus l'intervention d'un huissier (cf. *infra*). En outre, les contrats de crédit prévoient déjà habituellement l'interdiction pour l'emprunteur de transférer ses obligations, parallèlement à l'autorisation pour les prêteurs de transférer les leurs, parfois même sans l'accord de l'emprunteur (transferts entre prêteurs du même pool, par exemple).

Les articles 1216 et suivants étant supplétifs¹⁶, seul l'avenir nous dira si les banques adoptent ce nouveau mécanisme dans le cadre du transfert de leurs crédits ou si elles conservent leur pratique actuelle. Si toutefois la pratique devait avoir recours à la cession de contrat, il conviendrait de prévoir quelques aménagements contractuels : consentement à l'avance de l'emprunteur à la cession de contrat, libération totale du prêteur sortant (même si l'on peut s'interroger sur la possibilité de consentir à l'avance à cette libération totale¹⁷) et maintien des sûretés consenties par des tiers dans leurs contrats. De tels aménagements figurent déjà dans la plupart des contrats de crédits (et notamment dans le contrat standard établi par la *Loan Market Association* (LMA) qui n'a d'ailleurs été modifié qu'à la marge pour tenir compte des nouvelles distinctions entre cession de contrat, cession de dette ou cession de créance).

La cession de contrat pourrait en revanche trouver un terreau plus fertile en matière de "*step-in rights*" dans les financements de projet, en permettant aux banques prêteuses de prendre facilement la main en cas de défaillance des emprunteurs, ou encore en matière de crédit-bail ou de contrats-cadre de services de paiement.

¹² C. civ., art. L. 1216 et s., dans le chapitre dévolu aux effets du contrat

¹³ Cf. Rapport au Président de la République

¹⁴ C. civ., art. L. 1216-1

¹⁵ C. civ., art. L. 1216-3

¹⁶ Leur caractère impératif n'étant pas précisé, cette interprétation étant d'ailleurs confirmée par le rapport au Président de la République.

¹⁷ En effet, cette possibilité de l'accorder par avance n'est pas expressément prévue par C. civ., art. L. 1216-1 pour la décharge du sortant, contrairement à ce que prévoit l'article L. 1216 pour la cession.

Cession de créance - Pain quotidien des banques, la cession de créance prend désormais effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte de cession¹⁸, là où auparavant la signification par voie d'huissier ou l'acceptation du débiteur par acte notarié était exigée. Elle devient opposable au débiteur cédé dès qu'elle lui a été notifiée ou qu'il "*en a pris acte*" (sans précision quant aux formes de cette prise d'acte), sauf si le débiteur avait consenti par avance à la cession¹⁹.

Ce consentement par avance, qui dispense de toute formalité d'opposabilité, suscite quelques interrogations. Comment en effet, en cas de cession ultérieure, le débiteur cédé pourra-t-il identifier son créancier ? En outre, comment appliquer les nouvelles règles relatives à l'opposabilité des exceptions, qui prévoient que le débiteur cédé pourra opposer au cessionnaire toutes les « *exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable* »²⁰ ? Faut-il considérer que la cession future est opposable au cédé dès son accord et alors même qu'elle n'aurait pas encore eu lieu ? Dans l'attente d'éclaircissements jurisprudentiels en la matière, il semble recommandé de prévoir dans le contrat de financement, parallèlement au consentement "par avance", une obligation d'information envers le débiteur cédé portant sur l'identité du cessionnaire et la date de la cession, afin d'éviter tout contentieux relatif à la portée du consentement préalable.

En fixant la prise d'effet de la cession de créance (de droit commun) à sa date, la réforme a aligné son régime sur celui des modes simplifiés de cession existants (cessions Dailly ou cessions à un organisme de titrisation), dont le formalisme devient paradoxalement plus rigoureux que celui du droit commun (on pense par exemple aux mentions obligatoires). Par exception toutefois, les cessions de créances futures ne prennent effet, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers, qu'au jour de la naissance de la créance. Si cette exception permet de conserver leur intérêt aux actuels régimes simplifiés qui sont et devraient encore être couramment utilisés par la pratique, elle est presque unanimement critiquée en raison de l'insécurité juridique qu'elle suscite (qu'est-ce que le « jour de la naissance » d'une créance ? Quel sera le sort d'une créance future cédée en cas d'ouverture d'une procédure collective du cédant avant sa naissance ? A partir de quel moment peut-on considérer que la créance est sortie du patrimoine du cédant ?). En outre, le régime de la cession n'est ici pas aligné sur celui du nantissement de créance future, lequel est opposable aux tiers à la date de l'acte²¹. De ce fait, le cessionnaire d'une créance future serait systématiquement défavorisé en présence d'un créancier nanti sur cette même créance.

En contrepartie de l'allègement des formalités souligné plus haut, un écrit est désormais exigé à peine de nullité de la cession de créance²². Cette exigence ne devrait cependant pas modifier la pratique, l'écrit étant déjà d'usage constant.

L'ordonnance innove également en précisant que la cession peut avoir lieu à titre gratuit. Cette disposition pourrait-elle emporter reconnaissance de la cession de créance à titre de garantie par le droit commun ? On peut en douter, dans la mesure où cette introduction avait été demandée par la profession bancaire sans succès, car dépassant le cadre de la loi d'habilitation qui ne visait pas les sûretés.

¹⁸ C. civ., art. L. 1323 du Code civil qui supprime les formalités de l'ancien article L.1690

¹⁹ Conformément à la jurisprudence antérieure, le consentement du débiteur n'est pas requis pour la validité de la cession, sauf si la créance avait été stipulée incessible. Le projet d'ordonnance prévoyait un tel consentement pour les cas où la personne du créancier aurait été déterminante pour le débiteur cédé, exigence qui heureusement a été finalement écartée.

²⁰ C. civ., art. L. 1324

²¹ C. civ., art. L. 2361

²² C. civ., art. L. 1322

Enfin, l'ordonnance précise les règles en cas de concours de cessionnaires, en accordant la préférence au premier en date et non plus au premier à avoir signifié, contrairement à la jurisprudence antérieure mais dans le droit fil des modifications apportées au régime de la cession de créance²³.

Cession de dette - La cession de dette n'est pas un concept nouveau pour les banques (on pense par exemple aux transferts de participations non tirées dans un crédit), mais elle fait pour la première fois l'objet d'une codification²⁴. Elle permet au débiteur de se libérer d'une dette en « donnant » un autre débiteur au créancier, sous réserve de l'accord de ce dernier²⁵, accord qui peut être donné à l'avance.

La cession de dette ne devient opposable au créancier (cédé) que du jour où elle lui a été notifiée ou qu'il en a pris acte (sur la forme de cette prise d'acte, même imprécision que pour la cession de créance), même s'il a donné son consentement par avance et sauf le cas où il est intervenu à l'acte de cession. On notera ici la différence de régime avec la cession de créance, dans laquelle le consentement par avance du débiteur cédé dispense des formalités d'opposabilité.

En outre, la libération du cédant (débiteur initial) est subordonnée au consentement exprès du créancier. A défaut d'un tel consentement, le cédant demeure solidairement tenu au paiement de la dette²⁶, conférant ainsi un second débiteur au créancier, ce qui rapproche singulièrement ce mécanisme de la délégation imparfaite²⁷. Au contraire, si le cédant est déchargé, l'opération se rapproche d'une novation par changement de débiteur ou encore d'une délégation parfaite.

Comme pour la cession de contrat, les sûretés ne subsistent automatiquement que dans les cas où le cédant n'est pas déchargé par le créancier. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par un tiers ne subsistent qu'avec leur accord. S'agissant des sûretés consenties par le cédant avant sa décharge, leur sort n'est pas clair²⁸ : doit-on considérer que sa décharge le transforme en tiers, permettant ainsi le maintien des sûretés consenties par lui s'il y consent ? S'il n'est pas considéré comme un tiers, quel sort réserver aux sûretés qu'il avait consenties ? En l'absence de précision jurisprudentielle sur ce point, il apparaît pour l'instant préférable de préciser conventionnellement le sort de ces sûretés.

II. Les innovations phares de la réforme

L'ordonnance a introduit plusieurs innovations dans le Code civil qui ont parfois fait couler beaucoup d'encre. Bien qu'à l'analyse, il apparaisse que leur importance a parfois été exagérée, il n'en demeure pas moins que les praticiens devront en tenir compte à l'avenir.

²³ C. civ., art. L. 1325

²⁴ C. civ., art. L. 1327 et s.

²⁵ A l'origine, le projet d'ordonnance permettait cette cession sans l'accord du créancier, le débiteur initial (cédant) demeurant néanmoins tenu comme garant. Les inquiétudes des banques, qui se seraient trouvées en porte-à-faux avec leurs obligations liées à la connaissance de leurs clients (en particulier en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme) ont été entendues et dans la rédaction finale, cette cession est subordonnée à l'accord du créancier.

²⁶ C. civ., art. L. 1327-2

²⁷ La différence entre les deux régimes réside semble-t-il dans l'opposabilité des exceptions, qui est la règle dans la délégation tandis que le cessionnaire de la dette (débiteur substitué) peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette. En effet, la cession de dette transmet une obligation, alors que la délégation en crée une nouvelle.

²⁸ Dans leur rapport au Président de la République, les rédacteurs de l'ordonnance indiquent avoir "fixé le sort des sûretés, réelles et personnelles, qui garantissaient la créance". Force est de constater cependant que l'article 1328-1 est singulièrement lacunaire quant au sort des sûretés consenties par le cédant avant sa décharge.

Clauses abusives - L'introduction dans le Code civil d'une prohibition des clauses abusives, jusqu'ici limitée aux contrats conclus avec des consommateurs (ou non-professionnels), a été particulièrement remarquée. Un grand nombre de conventions conclues entre professionnels s'y trouvent désormais soumises. Pour autant, les contrats de financement sont-ils concernés par cette prohibition ?

Bien que l'article 1171 du Code civil ne le précise pas, son caractère impératif ne fait pas de doute²⁹. On peut d'ailleurs légitimement supposer que toute clause visant à exclure l'application de cet article serait elle-même considérée comme abusive et immédiatement soustraite au contrat.

Le champ d'application de cette disposition a néanmoins été circonscrit, dans un souci de sécurité des transactions et d'attractivité du droit français, aux seuls contrats d'adhésion, lesquels sont définis comme ceux « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »³⁰. Il en résulte que ne sont pas concernés les contrats conclus par les établissements de crédit avec des particuliers ou non-professionnels (qui relèvent du droit spécial du Code de la consommation), ni les contrats de financement complexes, dont chaque clause ou presque est négociée entre les parties.

La question se pose donc pour les contrats dont les stipulations générales ne sont pas négociées, qui sont en réalité assez fréquents dans la pratique bancaire : on pense par exemple aux conventions de compte, ou aux contrats de crédit conclus pour des besoins professionnels courants, dans lesquels seuls sont négociés en pratique le montant, le taux et les modalités de remboursement. Est-ce à dire que les autres clauses de ces contrats, non négociées, relèvent de "conditions générales" ? Rien n'est moins certain. On notera que les contrats de crédit, même standardisés, contiennent rarement une partie intitulée « Conditions générales ». Il n'en demeure pas moins que toute une série de stipulations peuvent se trouver *de facto* hors du champ de la négociation (cas d'exigibilité anticipée, indemnités de remboursement anticipé, engagements de l'emprunteur, etc.). On mesure ainsi la difficulté qu'auront les juges à apprécier ce qui dans un contrat de crédit relève de « conditions générales » ou de conditions particulières (négociées). On peut également s'interroger sur la valeur d'une clause de style dans les contrats, aux termes de laquelle l'emprunteur reconnaîtrait que toutes les clauses ont été négociées, tentation évidente qui se présente aux banquiers rédacteurs...

Une autre limitation vient circonscrire le champ d'application du nouvel article 1171 : de façon très similaire à ce qui est prévu en droit de la consommation, seules sont sanctionnées les clauses créant un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat », qui ne peut porter ni sur l'adéquation du prix avec la prestation fournie, ni sur l'objet principal du contrat. Le rapport au Président de la République précise que les critères d'appréciation du déséquilibre sont ceux fixés dans le Code de la consommation. La sanction des clauses abusives, directement inspirée du droit de la consommation, consiste à réputer la clause litigieuse non écrite.

Violence économique - Un nouveau vice du consentement fait son entrée dans le Code civil : la violence économique, admise jusqu'ici de façon sporadique et limitée par la jurisprudence. L'article 1143 du Code civil dispose ainsi qu'il y a 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 ».

²⁹ Le rapport au Président de la République indique sans ambiguïté que "cette disposition est d'ordre public".

³⁰ C. civ., art. L. 1110

Bien que ce texte ait en réalité un champ plus large que la seule dépendance économique, c'est bien sûr surtout cette dernière qui inquiète les professionnels du crédit. Le besoin de fonds des emprunteurs, en particulier si ce besoin est rendu impérieux en raison d'une situation financière dégradée, pourrait conduire les juges à considérer que ces derniers sont en situation de dépendance face aux banques. On notera que le texte a néanmoins prévu des garde-fous : d'une part, il ne suffit pas que l'une des parties soit en état de dépendance, encore faut-il qu'il y ait abus de cette situation de dépendance ; d'autre part, il faut qu'en outre l'autre partie en retire un avantage manifestement excessif. Mais que faut-il entendre par avantage manifestement excessif ? Pourra-t-on considérer qu'une banque qui accorde un crédit à une entreprise en difficulté qui ne trouve pas d'autre prêteur, à un taux d'intérêt très au-dessus du marché, tire un avantage manifestement excessif de l'état de dépendance de l'emprunteur ? Ou bien s'agit-il de la juste rémunération du risque accru du prêteur ?

Le risque plus précisément identifié par les banques est que ce nouveau vice du consentement permette de sanctionner le soutien abusif ou le crédit ruineux en contournant la protection que leur offre l'article L.650-1 du Code de commerce, lequel écarte la responsabilité de la banque qui finance une entreprise en difficulté. Certes, il ne semble pas que la réforme ait été pensée dans ce but et l'on peut faire valoir que le droit spécial issu du Code de commerce doit prévaloir sur les dispositions générales du Code civil. Certains auteurs soulignent toutefois que le champ d'application de ces deux textes étant différent, puisque l'un concerne les actions en responsabilité tandis que l'autre porte sur une règle de validité du contrat, le texte spécial du Code de commerce ne pourrait pas prévaloir sur l'article 1143 du Code civil³¹. Si l'on retient cette interprétation, le débiteur qui ne pourrait pas engager la responsabilité de la banque pourrait néanmoins engager une action en nullité du contrat de crédit. Ainsi, selon la portée que lui donneront les juges, cet article 1143 pourrait devenir une source importante de contentieux.

L'imprévision - La révision pour imprévision est l'une des innovations les plus médiatisées de la réforme, qui revient ainsi sur la célèbre jurisprudence *Canal de Craponne*³². Elle est aussi celle qui a probablement suscité le plus d'inquiétudes. Pour autant, sa portée mérite d'être relativisée.

Précisons d'emblée que l'article 1195 du Code civil³³ a un caractère supplétif, qui résulte de sa rédaction. Les parties peuvent donc l'écarter ; ceci semble d'ailleurs être devenu la pratique standard des banques, ce qui risque fort de condamner à l'oubli la révision pour imprévision en matière de crédit !

Ceci posé, la révision judiciaire du contrat pour imprévision est soumise à certaines conditions. Il faut en premier lieu un changement de circonstances imprévisible, notion qui sera soumise au pouvoir d'interprétation du juge : s'agit-il d'un changement « raisonnablement » imprévisible ? Est-il nécessaire qu'il ait été imprévisible pour les deux parties au contrat ou uniquement pour celle qui l'invoque ? Ce changement devra-t-il nécessairement être extérieur à la partie qui s'en prévaut ? La rédaction de l'article 1195 semble le laisser penser, sans certitude. Il faut ensuite que la partie qui l'invoque n'ait pas accepté d'en assumer le risque, ce qui exclut par définition les contrats aléatoires. Il faut enfin que ce changement rende l'exécution du contrat « *excessivement onéreuse*. » Là encore, cette appréciation dépendra du juge. En se fondant sur les principes dégagés

³¹ M. Boccara, E. Jouffin et M. Rousselle, *Réforme du droit des contrats et du régime des obligations – Quelle incidence pour les banques ?*, Banque & Droit n°166, mars-avril 2016, p. 54 ; *Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire*, étude dirigée par J. Lasserre Capdeville, JCPE n°29, 21 juillet 2016.

³² Cass., Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*.

³³ L'article C. civ., art. L. 1195 dispose que : « *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. (...)* ».

en droit administratif³⁴, qui admet depuis longtemps l'imprévision, on peut supposer que le juge judiciaire exigera une perte réelle pour celui qui l'invoque (et non un gain moins important) ainsi qu'une exécution devenue économiquement insupportable, sans pour autant être impossible (cas qui relèverait de la force majeure).

Si ces trois conditions sont réunies, l'article 1195 prévoit que la partie victime du changement de circonstances peut demander à son cocontractant une renégociation, sans pour autant être autorisée à suspendre l'exécution de ses obligations durant la renégociation. Si celle-ci n'aboutit pas, les parties peuvent alors convenir de la résolution (et non de la résiliation, curieusement) du contrat, ou - hypothèse qui apparaît peu probable en pratique - s'accorder pour saisir le juge aux fins d'adaptation du contrat. C'est à partir de ce stade que le juge peut être amené à jouer un rôle considérable : en effet, si à l'issue d'un délai raisonnable (qui sera laissé là encore à l'appréciation du juge), les parties n'ont pas mis fin à leur contrat ou saisi le juge ensemble, alors une seule d'entre elles peut demander au juge soit de réviser le contrat, soit d'y mettre fin selon des modalités fixées par le juge³⁵. Aux termes du rapport au Président de la République, « *l'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision par le juge devant inciter les parties à négocier* ».

Ainsi, la procédure prévue à l'article 1195 instaure bien, *in fine*, un mécanisme de révision judiciaire des contrats de droit privé. On comprend dès lors pourquoi la pratique tend à exclure l'application de cet article. Toutefois, dans la mesure où les contrats de crédits, en particulier ceux à long terme, prévoient fréquemment des clauses relatives à des changements de circonstances (clauses de coûts additionnels, clauses de *hardship*) qui pourraient être considérées comme des aménagements conventionnels de l'article 1195, il pourrait être utile de préciser également que l'exclusion de l'application de l'article 1195 a lieu sans préjudice des autres clauses du contrat, afin d'éviter toute confusion dans leur interprétation. A défaut de clause d'exclusion de l'article 1195, il conviendrait *a minima* d'encadrer conventionnellement le rôle du juge (définir le délai raisonnable, l'échec de la négociation, limiter la révision à certaines stipulations du contrat, etc.). Le texte étant supplétif, un tel aménagement conventionnel devrait être possible.

La caducité des contrats interdépendants - Notion jusqu'ici purement prétorienne, la caducité fait son entrée aux articles 1186 et 1187 du Code civil, dans le chapitre relatif à la formation du contrat. Ce choix peut *a priori* étonner³⁶ : la caducité ne sanctionne pas le défaut d'une condition de validité au stade de la formation du contrat, mais au contraire la disparition d'une telle condition postérieurement à la formation d'un contrat valable. C'est, par exemple, la non-survenance d'un événement nécessaire à la perfection du contrat, telle une condition qui ne serait pas remplie. L'article 1186 du Code civil se borne d'ailleurs à reprendre la définition classique³⁷.

L'article 1187 relatif aux effets de la caducité innove en revanche clairement en énonçant que, si le principe est que la caducité met fin au contrat, « *elle peut aussi donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9* ». En effet, traditionnellement, la caducité n'a pas d'effet

³⁴ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*

³⁵ Il semble que cette faculté de saisine unilatérale ait été ajoutée à la dernière minute, sans concertation et qu'elle outrepassait en outre la loi d'habilitation, laquelle autorisait en son 6° l'ordonnance à "*préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances*". Cf. également M. Boccara, E. Jouffin et M. Rousselle, *supra.*, p.57. On observera néanmoins que les termes de la loi prêtaient à interprétation : quelle aurait été en effet l'utilité d'un texte nouveau s'il s'agissait de laisser la révision du contrat aux seules parties, conformément aux principes séculaires du droit civil ?

³⁶ Toutefois, dans la mesure où la caducité entraîne la disparition du contrat, il était tout aussi difficile aux rédacteurs de la placer dans le chapitre dévolu aux effets du contrat...

³⁷ C. civ., art. L. 1186, alinéa 1

rétroactif, puisque le contrat, valablement formé, ne cesse de produire effet qu'à compter de sa survenance. Les rédacteurs de l'ordonnance ont refusé de trancher la question de la rétroactivité dans "un souci pragmatique", laissant au juge le soin d'apprécier l'opportunité de procéder à des restitutions. Ceci conduit à penser que la caducité prévue par les nouveaux articles n'aura pas lieu de plein droit mais devra être constatée judiciairement.

Ce qui a véritablement retenu l'attention des professionnels du crédit, toutefois, est la caducité des contrats interdépendants prévue aux deuxième et troisième alinéas de l'article 1186³⁸. Il est en effet extrêmement fréquent qu'un contrat de crédit soit adossé à une autre opération, l'emprunteur n'y consentant que pour la réalisation de cette dernière. On pense aux financements de projets, aux financements d'acquisition ou d'actifs, etc. Il est courant en outre qu'un contrat de couverture de taux soit lui-même adossé à un contrat de crédit. Les banques peuvent-elles, dès lors que l'opération principale est annulée, craindre des caducités en cascade, l'anéantissement de l'opération principale emportant celle du contrat de crédit, elle-même entraînant celle du swap de taux, des sûretés et de l'ensemble des contrats annexes conclus pour l'opération, ainsi que d'éventuelles restitutions subséquentes ?

La rédaction du texte, qui vise notamment les contrats « *pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* », pourrait le laisser penser. Si cette question ne semble néanmoins pas avoir fait couler beaucoup d'encre, c'est probablement parce que les conséquences de l'annulation de l'opération principale sur les contrats liés, en particulier ceux relatifs au financement, sont généralement déjà prévues par les parties dans les documents contractuels. Les articles 1186 et 1187 étant supplétifs, il n'y a donc pas lieu pour les banques de modifier leurs pratiques habituelles. Il n'en demeure pas moins que la caducité dans les ensembles contractuels est un sujet que les professionnels du crédit suivront avec une attention particulière. Selon que les juges adopteront une position extensive ou restrictive de la notion d'ensemble contractuel, les nouveaux articles 1186 et 1187 pourront être plus ou moins lourds de conséquences s'ils ne sont pas neutralisés conventionnellement.

Ainsi, les rédacteurs de contrats de financement doivent appréhender les incidences de la réforme du droit des contrats. Ils devront également anticiper celle du droit de la responsabilité, qui est « *d'autant plus nécessaire qu'elle viendra parachever la première* »³⁹.

³⁸ C. civ., art. L.1186, alinéa 2 et 3

³⁹ Discours de Monsieur Jean-Jacques Urvoas, alors Garde des sceaux, Ministre de la justice, à l'Académie des Sciences morales et politiques le 13 mars 2017, présentant le projet de réforme du droit de la responsabilité civile

Nizar Lajnef

Le « déséquilibre significatif de droit commun » (article 1171 du Code civil) : enjeux et incidences pratiques



NIZAR LAJNEF

Avocat au barreau de Paris depuis 2005 au sein du cabinet UGGC Avocats, Nizar Lajnef est spécialisé en droit de la concurrence et en droit de la distribution. Outre ses activités d'enseignement en droit de la distribution à Sciences Po, il intervient en droit de la concurrence dans des organismes de formation continue et est membre du comité de direction de l'AFEC (Association Française d'Etude de la concurrence) et du groupe français de la LIDC (Ligue Internationale du Droit de la Concurrence).

En 1978 d'abord¹, puis en 1993, sous l'impulsion de l'Union européenne (Communauté économique européenne à l'époque), dont les Etats membres venaient de se doter d'un dispositif harmonisé de **protection des consommateurs** contre les clauses jugées abusives figurant dans les contrats standards proposés par les professionnels lors de leurs achats de produits ou services², le législateur français a fixé dans les articles L. 132-1 et suivant du Code de la consommation – l'article L. 132-1 étant aujourd'hui devenu L. 212-1 du Code de la consommation³ – un système de contrôle et d'interdiction des clauses abusives imposées par les professionnels aux consommateurs et non-professionnels⁴.

En 2008, la loi de modernisation de l'économie (LME)⁵ a introduit dans l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce une forme de dispositif de contrôle des clauses abusives **entre professionnels**⁶ pour compenser la suppression de l'interdiction des discriminations « *per se* », c'est-à-dire sans prise en compte des effets de la pratique, dans le contexte particulier des négociations difficiles entre les centrales de référencement et d'achat de la grande distribution

¹ Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 dite « Scrivener » sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, article 35

² Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

³ Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation

⁴ « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. » (Article L. 212-1 du Code de la consommation)

⁵ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

⁶ « I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » (article L. 442-6 I 2° du Code de commerce)

française, réputées puissantes⁷, et les fournisseurs, pour la plupart petits⁸, exacerbés par la crise économique⁹.

En 2016 enfin, le gouvernement a, par voie d'ordonnance¹⁰, complété cet attirail juridique par un contrôle des clauses abusives « de droit commun », c'est-à-dire **applicable à tous**, en introduisant ce dispositif dans l'article 1171 du nouveau Code civil¹¹, tel que refondu par l'ordonnance du 10 février 2016, sans pourtant que le contexte ne le justifie de manière évidente.

Depuis octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance¹², un contrôle du déséquilibre significatif « de droit commun » a donc été ajouté au contrôle du déséquilibre significatif « consommériste » et « commercial ».

Quels sont les enjeux et incidences pratiques de ce texte ? Si l'introduction du nouvel article 1171 du Code civil semble montrer une extension du champ d'application du contrôle du déséquilibre significatif en droit français (**I**), l'objet du contrôle spécifique institué par l'article 1171 est cependant plus limité (**II**).

I. L'extension du champ d'application du contrôle des clauses déséquilibrées en droit français

Le dispositif prévu dans le Code de la consommation s'applique « *Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs* » (article L. 212-1 du Code de la consommation). Celui prévu dans le Code de commerce entre « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » et « *un partenaire commercial* » (article L. 442-6 I 2° du Code de commerce), donc entre professionnels commerçants. La jurisprudence a eu l'occasion, à maintes reprises maintenant, de préciser le champ d'application de ces dispositions¹³. Avant l'entrée en vigueur de l'article 1171 du Code civil, le droit positif relatif aux clauses abusives, ou déséquilibrées, couvrait donc les relations entre professionnels et consommateurs d'une part, entre professionnels d'autre part, mais pas les relations entre particuliers, ce que couvre désormais le Code civil¹⁴.

⁷ Le secteur de la distribution alimentaire se caractérise par une concentration élevée, proche de celle d'un oligopole. Au premier semestre 2009, les six principaux groupes, tous d'origine française (Auchan, Carrefour, Casino, E. Leclerc, Intermarché et Système U), détenaient près de 85 % de parts de marché (Autorité de la concurrence, Le commerce de détail alimentaire en France, décembre 2010).

⁸ 96 % des fournisseurs des produits de grande consommation, hors MDD, sont des PME (Les relations commerciales entre fournisseur et distributeurs, Trésor-éco n° 3, novembre 2006)

⁹ Dans un arrêt du 1^{er} octobre 2014, la cour d'appel de Paris a indiqué que « *eu égard au déséquilibre structurel du marché de la distribution alimentaire en France, caractérisé par un contexte de concentration oligopolistique des grands groupes de distribution, puisque 85% des parts de marché sont détenues par 6 de ces groupes, le groupe Carrefour étant le plus important, alors que les fournisseurs de la grande distribution sont caractérisés par leur hétérogénéité, le législateur est intervenu en introduisant dans le Code de commerce l'article L. 442-6 I pour protéger les fournisseurs, supposés en situation défavorable, sinon de faiblesse, dans la négociation commerciale avec les distributeurs* » (CA Paris, 1^{er} octobre 2014, 13/16336, Carrefour, confirmé par Cas. Com, 4 octobre 2016, 14-28013)

¹⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations

¹¹ « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.* » (Article 1171 du Code civil)

¹² Article 9 de l'ordonnance

¹³ Voir, par exemple, pour ce qui concerne l'article L. 442-6 du Code de commerce, Nizar Lajnef, *Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires*, Revue Lamy de la concurrence, avril/juin 2014

¹⁴ Lorsque ces derniers utilisent des contrats d'adhésion, donc des modèles types, selon la limite fixée par l'article 1171 du Code civil, le particulier n'ayant pas vocation à préétablir des conditions générales pour ses besoins personnels, en dehors de toute activité commerciale.

Le texte devrait également pouvoir bénéficier aux opérateurs qui échappent au champ d'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce, à savoir, en premier lieu, les opérateurs économiques à qui la jurisprudence a refusé la qualification de « *partenaire commercial* » au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce. En effet, la jurisprudence a pu considérer que la notion de partenaire commercial visée à l'article L. 442-6 « *suppose une certaine **continuité*** »¹⁵, ou un « *partenariat économique entre les parties* »¹⁶, à savoir, par exemple, une activité s'inscrivant dans la durée et destinée à développer l'activité des parties¹⁷¹⁸.

En second lieu, le texte devrait pouvoir être invoqué par les personnes qui, du fait de leur qualité, ne pouvaient invoquer les dispositions des articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6 du Code de commerce, à savoir les professionnels non-commerçants dont les professions libérales¹⁹, l'agent commercial, les sociétés civiles et les associations²⁰, ou encore les non-professionnels selon l'interprétation qui sera retenue de cette notion par la jurisprudence²¹.

Le déséquilibre significatif inséré dans le Code civil élargit donc le champ du contrôle du déséquilibre significatif aux contrats qui ne sont pas couverts par le Code de la consommation et le Code de commerce, sous les réserves fixées par l'article 1171 (contrats d'adhésion et limite de l'objet du déséquilibre).

On peut toutefois s'interroger sur l'opportunité d'un tel ajout pour les relations entre particuliers ou consommateurs. Si l'on part du principe que l'objectif d'un commerçant est de maximiser ses profits, et donc, en principe, le nombre de ses clients, on peut comprendre son besoin de standardiser ses contrats et de chercher à appliquer à ses cocontractants, professionnels, commerçants ou consommateurs, des contrats identiques ou similaires, pour une meilleure organisation de son activité. Il y est d'ailleurs « encouragé » par les articles L. 441-6 et L. 442-6 du Code de commerce, qui lui imposent de communiquer ses conditions générales de vente à tout professionnel qui en fait la demande²² sous peine de sanctions²³.

Les commerçants soumettent donc généralement et logiquement des contrats standardisés, ou d'adhésion, pour signature, à leurs cocontractants. Il en va de même pour un professionnel qui

¹⁵ CA Lyon, 10/05/2012, 10/08302 et 20/03/2014, 12/00427.

¹⁶ CA Nancy, 31/05/2012, n° 09/2012 ; voir, dans le même sens, CA Paris, 6 mars 2015, 13/20879.

¹⁷ CEPC, avis n° 15-01 du 22 janvier 2015

¹⁸ Nizar Lajnef, *Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires*, Revue Lamy de la concurrence, avr./juin 2014

¹⁹ Relevons toutefois que certains tribunaux ont pu élargir le champ d'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce en envisageant son application à un contrat de collaboration d'un professionnel libéral par exemple, sans toutefois entrer en voie de condamnation (CA Angers, 24 avr. 2012, no 11/01541).

²⁰ Xavier Lagarde, Questions autour de l'article 1171 du Code civil, Recueil Dalloz 2016, p. 2174 ; Martine Behar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le Code civil, La semaine juridique édition générale n° 14, 4 avril 2016

²¹ Depuis la loi n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, le Code de la consommation définit, dans son article liminaire, le non-professionnel comme « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* ».

²² « *Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle.* » (Article L. 441-6 du Code de commerce)

²³ « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] 9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle* » (article L. 442-6 I 9° du Code de commerce)

n'est pas commerçant (associations et professionnels civils essentiellement). On peut également imaginer que cela peut être le cas de certains non-professionnels²⁴.

En revanche, à la différence du commerçant ou du professionnel, un particulier n'a pas de raison évidente d'élaborer un contrat standard, ou des conditions générales, et de multiplier le nombre de ses cocontractants. Dans la majorité des cas, les contrats entre particuliers sont occasionnels, (par exemple, un contrat de cession d'un véhicule automobile), et généralement, le particulier utilise des modèles de contrats types fournis par des professionnels. Or, ces contrats sont, le plus souvent, réglementés (on pense par exemple aux contrats de bail d'habitation strictement réglementés par la loi²⁵), si bien qu'ils ne laissent que rarement la place à un abus pouvant caractériser un déséquilibre significatif au sens de la jurisprudence actuelle.

Par ailleurs, l'extension du champ d'application du contrôle des clauses abusives n'aura pas nécessairement pour corolaire un contrôle accru²⁶.

En ce qui concerne les consommateurs, les contrats, en particulier les conditions générales de vente ou d'utilisation, les contrats de licence, etc., signés en ligne, par simple clic, ne sont, en pratique, que très rarement lus, si bien que le consommateur, qui n'a en outre pas la compétence de les déceler, n'a pas conscience d'être soumis à des clauses abusives. Les coûts liés à la saisine du juge, rapportés à la valeur de l'objet du contrat, sont du reste généralement dissuasifs, voire prohibitifs.

De leur côté, les professionnels qui engageraient une action sur la base des dispositions de l'article 1171 du Code civil s'exposeraient, comme c'est le cas pour les actions engagées sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce, à la perte définitive de leur client (cocontractant), si bien qu'ils n'ont d'incitation à le faire qu'en l'absence de crainte de perdre le client, à savoir lorsque la relation commerciale est irrémédiablement compromise, en cas de conflit ouvert et irréversible.

Il appartiendra par conséquent aux associations de consommateurs, pour ce qui est des particuliers consommateurs, de saisir le juge sur le fondement de ce texte, tandis que l'article L. 442-6 III du Code de commerce, qui constitue la base juridique de l'action du ministre de l'Economie, ne prévoit pas la possibilité pour ce dernier d'engager une action sur le fondement du Code civil en lieu et place des entreprises victimes. Les entreprises auraient donc tout intérêt, dans ce cadre, à se constituer en association dont l'objet social mentionnerait cette possibilité, afin d'engager des actions en protection de leurs intérêts sur le fondement du Code civil²⁷.

II. La limitation de l'objet du contrôle

A la différence des dispositions des articles L. 442-6 du Code de commerce et L. 212-1 du Code de la consommation, l'article 1171 du Code civil limite expressément son champ d'application aux **contrats d'adhésion**. D'après l'article 1110 du Code civil, « *le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.* »

²⁴ Cf. note de bas de page 21 supra

²⁵ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986

²⁶ L'extension du champ du contrôle pourrait faire craindre une perte d'attractivité du système juridique français dans les contrats internationaux. En ce sens : Joseph Vogel, Réforme du droit des contrats : *Le juge devient une troisième partie au contrat*, Actuel Direction Juridique, Editions Législatives, 18 février 2016

²⁷ Voir, en ce sens, Xavier Lagarde, Questions autour de l'article 1171 du Code civil, Recueil Dalloz 2016, p. 2174

Les contrats soumis à l'examen du juge sous l'empire des dispositions des articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6 du Code de commerce semblent bien répondre à cette définition²⁸.

Le réel enjeu de ce nouveau texte réside donc, nous semble-t-il, non pas dans le contrôle des relations entre particuliers, mais davantage les relations entre professionnels ou non-professionnels, au sens du Code de la consommation, qui n'entrent pas dans le champ d'application des dispositions protectrices du Code de la consommation et du Code de commerce²⁹, ce qui va dans le sens du communiqué de presse du Conseil des Ministres du 10 février 2016³⁰.

Par ailleurs, tout en limitant le champ d'application du déséquilibre significatif « de droit commun » aux contrats d'adhésion, l'article 1171 du Code civil précise également que **ledit déséquilibre ne saurait porter « ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »**³¹ tout comme le Code de la consommation³², constituant les deux seuls éléments qui, traditionnellement et fort logiquement, ne sauraient échapper à la négociation³³. Or, mettant un terme à l'incertitude causée par des décisions de justice rendues en l'absence de règle écrite préétablie³⁴, la chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé en janvier 2017 que « l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »³⁵. En effet, les négociations annuelles entre fournisseurs et acteurs de la grande distribution ont précisément pour objet, comme l'indique l'article L. 441-7 du Code de commerce, « de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale ». S'il est satisfaisant pour les entreprises que le juge ne s'immisce pas dans la fixation en commun par les parties du prix de vente des produits, l'application d'une telle solution à la lettre conduirait à vider de leur substance les dispositions relatives au déséquilibre significatif en écartant l'application de

²⁸ Voir, pour l'article L. 442-6 du Code de commerce, l'arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation dans l'affaire Provera : « qu'ayant constaté, en se référant à la situation de fournisseurs, qu'elle a identifiés, que les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables contrats d'adhésion ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses » (Cas. Com., 3 mars 2015, 14-10907, Provera)

²⁹ Voir, en ce sens, François-Xavier Licari, Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? Revue Lamy Droit civil, n° 144, 1^{er} janvier 2017

³⁰ « Dans le même objectif de protection, un dispositif de lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion est introduit dans le Code civil. Ainsi, une petite entreprise qui ne peut qu'accepter les conditions générales de son partenaire pourra faire écarter les clauses qui créent un déséquilibre manifestement excessif de leurs droits et obligations. », Communiqué de presse du Conseil des ministres du 10 février 2016, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichOrdonnance.do?type=general&idDocument=JORFDOLE000032036173&annee=2016&legislature=14&debut=20120626&fin=29990101>

³¹ Dans ses considérants, la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs allait dans le même sens : « l'appréciation du caractère abusif ne doit pas porter sur des clauses décrivant l'objet principal du contrat ou le rapport qualité/prix de la fourniture ou de la prestation; que l'objet principal du contrat et le rapport qualité/prix peuvent, néanmoins, être pris en compte dans l'appréciation du caractère abusif d'autres clauses »

³² « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. » (Article L. 212-1 alinéa 3 du Code de la consommation)

³³ Voir, en ce sens, Xavier Lagarde, Questions autour de l'article 1171 du Code civil, Recueil Dalloz 2016, p. 2174

³⁴ Décisions acceptant d'appliquer le texte à des clauses tarifaires : T. com. Lille, 6 janvier 2010, 2009-05184 ; 7 septembre 2011, 2009/05105, Eurauchan ; CA Paris, 23 mai 2013, 12/01166, Ikea ; CA Paris, 29 octobre 2014, 13/11059, GIE de radios ; décisions en sens contraire : T. com. Paris, 24 septembre 2013, 2011058615, infirmé par CA Paris, 1^{er} juillet 2015, 13/19251, Galec. Voir également, dans le même sens, CEPC, avis n° 15-24 relatif à une demande d'avis d'une société d'ingénierie industrielle sur une pratique contractuelle au regard de l'article L.442-6-I, 1° du Code de commerce

³⁵ Cas. Com., 25 janvier 2017, 15-23547, Galec.

l'article à toute négociation significativement déséquilibrée d'un élément constitutif du prix, alors que tel est précisément l'objet des négociations commerciales annuelles³⁶.

Sur ce point, le champ d'application du déséquilibre significatif de droit commun est donc plus restreint, en l'état actuel de la jurisprudence.

Du point de vue de la sanction, l'entreprise victime d'une violation de l'article L. 442-6 du Code de commerce peut engager la responsabilité de son auteur et obtenir ainsi le versement de dommages-intérêts.

Une action du ministre de l'Economie sur le fondement du paragraphe III de ce même article, fréquente en matière de grande distribution, peut déclencher, au choix du ministre, l'applicabilité des sanctions additionnelles suivantes : cessation des pratiques, nullité des clauses ou contrats, répétition de l'indu, amende civile maximale de cinq millions d'euros (i) ou jusqu'au triple du montant des sommes indûment versées (ii) ou 5 % du chiffre d'affaires de l'auteur de la pratique (iii), insertion de la décision dans le rapport établi par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Seule la publication de la décision est automatique depuis la loi dite « Sapin II »³⁷.

Les articles 1171 du Code civil et L. 241-1 du Code de la consommation prévoient quant à eux que les clauses concernées sont réputées non écrites.

Or, la jurisprudence relative à l'article L. 442-6 du Code de commerce confère déjà à la victime d'un déséquilibre significatif la possibilité d'obtenir non pas seulement de la « réputer non écrite », comme elle a déjà pu le faire par le passé³⁸, mais même la nullité de la clause³⁹, sur le fondement de l'ancien article 1131 du Code civil relatif à la cause comme condition de validité des obligations⁴⁰. Or, le concept de nullité pour défaut de cause du contrat ou de l'obligation a été supprimé par l'ordonnance sur la réforme du droit des contrats⁴¹, ce qui remet en cause le fondement de cette jurisprudence et de la doctrine administrative et nécessitera de l'adapter aux nouvelles dispositions du Code civil, par exemple au nouvel article 1128 qui pose la licéité du

³⁶ Voir, dans un sens similaire, J.C. Grall et G. Mallen, Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des contrats, *Revue Lamy de la concurrence* n° 56, 1^{er} décembre 2016

³⁷ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

³⁸ Voir, par exemple, CA Paris, 7 juin 2013, 11/08674, *Netmakers c/ Antigone* ; CA Rouen, 12 décembre 2012, 12/01200, *Azuki c/ Sofresid Engineering*.

³⁹ CA Nîmes, 25 février 2010, 07/00606, ministre de l'Economie c/ SAS Carrefour France ; CA Paris, 24 mars 2011, 10/02616 ; Cas. Com., 11 septembre 2012, 11-17458, au sujet d'un contrat de coopération commerciale.

⁴⁰ La CEPC avait ainsi estimé que « *s'il est vrai que l'article L. 442-6-I du Code de commerce mentionne uniquement l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique, cette disposition spéciale n'interdit pas à la victime d'une pratique visée par ce texte de demander la nullité de la clause ou du contrat contraire à l'ordre public concurrentiel sur le fondement du droit commun. De même, ni les cas spéciaux de nullité de plein droit prévus à l'article L. 442-6-II, ni les prérogatives spécifiquement reconnues au ministre de l'Economie et au ministère public par l'article L. 442-6-III ne font interdiction au contractant lésé de mettre à néant la stipulation ou l'engagement illicite en application des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil.* » (CEPC, avis n° 14-02 du 23 janvier 2014 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive)

⁴¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, précitée

contenu des contrats comme condition de leur validité⁴², voire l'article 1143 sur la violence⁴³, ou encore l'article 1169⁴⁴.

De ce fait l'article 1171 du Code civil pourrait, dans l'attente de l'adaptation de la jurisprudence existante au nouveau Code civil, permettre au plaideur de pallier cette lacune – espérons-le, temporaire – de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

Enfin, rappelons qu'aux termes de l'article L. 442-6 III du Code de commerce, « *Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.* » La liste de ces juridictions, dites spécialisées, est fixée aux articles D 442-3 et D 442-4 du Code de commerce. Ainsi l'invocation des dispositions de l'article 1171 du Code civil en lieu et place de l'article L. 442-6 pourrait permettre d'échapper à cette compétence d'attribution⁴⁵.

Conclusion

Le nouvel article 1171 du Code civil introduisant le déséquilibre significatif « de droit commun » a pour intérêt essentiel de permettre à tous les opérateurs économiques qui ne peuvent pas invoquer le bénéfice des articles L. 212-1 du Code de la consommation, parce qu'ils n'ont pas la qualité de consommateur ou non-professionnel, ou L. 442-6 du Code de commerce, parce qu'ils ne sont pas confrontés à un commerçant, de bénéficier d'un dispositif de contrôle des clauses abusives ou « significativement déséquilibrées ». La limitation de son champ d'application aux contrats d'adhésion semble aller dans le sens de la jurisprudence actuelle et de la pratique, tandis que l'exclusion des clauses tarifaires pourrait s'avérer constituer une limite regrettable compte tenu de la position actuelle prise par la Cour de cassation sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Relevons enfin que l'article 1171 du Code civil peut-être une occasion pour les plaideurs, et le juge, de corriger la portée trop large donnée à l'article L. 442-6 du Code de commerce, un texte déjà difficilement lisible, et dont la vocation est de régir les négociations commerciales annuelles déséquilibrées, en sortant de son champ d'application le contrôle du déséquilibre significatif entre opérateurs qui ne relèvent pas de ce secteur, de même que le nouvel article 1211 du Code civil pourrait permettre de sortir les contentieux relatifs à la rupture brutale de relations commerciales établies l'article L. 442-6 I 5° entre opérateurs qui ne relèvent pas de ce secteur. Cette opportunité est toutefois tributaire de la volonté de s'affranchir ou non des conditions édictées par l'article L. 442-6 du Code de commerce et la jurisprudence y est afférente.

⁴² « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain.* » (article 1128 du Code civil)

⁴³ « *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.* » (Article 1143 du Code civil)

⁴⁴ « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.* » (article 1169 du Code civil). Cet article appréhenderait les cas qui relevaient de la nullité pour absence de cause sous l'empire de l'ancien Code civil (Antoine Hontebeyrie, *Article 1167 : la contrepartie illusoire ou dérisoire*, RDC 2015, p. 757 ; Philippe Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, n° 42, cité dans François-Xavier Licari, *Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ?*, Revue Lamy Droit civil, n° 144, 1^{er} janvier 2017)

⁴⁵ En ce sens, voir Jean-Christophe Grall et Thomas Bussonnière, *L'intégration du déséquilibre significatif en droit commun*, Flash concurrence n° 6, mai 2016 ; Jean-Christophe Grall et Guillaume Mallen, *Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des contrats* ; Martine Behar-Touchais, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil*, La semaine juridique édition générale n° 14, 4 avril 2016 ; *Le pouvoir accru du juge : une ingérence dans la relation entre partenaires commerciaux*, Revue Lamy de la concurrence, n° 49, 1^{er} avril 2016

Gérard Haas, Stéphane Astier & Paul Benelli

L'impact de la réforme du droit des obligations sur les contrats « digitaux »



GERARD HAAS

Gérard Haas est associé fondateur du Cabinet HAAS Avocats et ancien Président du réseau d'avocats GESICA. Spécialiste en droit de la propriété intellectuelle et expert des NTIC, il est également professeur à l'ESCP ainsi qu'à HEC.



STEPHANE ASTIER

Docteur en droit et directeur du pôle NTIC du cabinet HAAS Avocats, Stéphane Astier est professeur à l'ENSEA (Ecole Nationale de la statistique et de l'administration économique). Il forme notamment les DSI aux enjeux juridiques du Big Data dans le cadre du « Certificat DataScience ».



PAUL BENELLI

Paul Benelli est collaborateur du pôle IT du cabinet HAAS Avocats où il est responsable d'activité. Il intervient de manière transversale sur tous types de dossiers liés à la transformation digitale des entreprises et plus particulièrement sur les dossiers liés à des projets de « plateformes numériques », ou donnant lieu à l'application de la réglementation financière.

Si la réforme du droit des obligations du 10 octobre 2016 codifie à droit constant l'œuvre prétorienne, elle est également le vecteur d'innovations pour les contrats « digitaux ». L'objectif affiché de l'ordonnance consiste d'abord à renforcer la sécurité juridique du droit civil en simplifiant son accessibilité. Pour le néophyte, la nécessité de se plonger dans la jurisprudence pour résoudre une question relative au droit des obligations est ainsi révolue, au moins pour un temps.

Ensuite, la réforme entend accroître l'efficacité du droit civil face, notamment, à la concurrence des droits sectoriels – consommériste ou commercial – et communautaires.

Enfin, la protection de la partie faible s'inscrit comme un *leitmotiv* de la codification du droit civil moderne qui favorise le solidarisme contractuel face au dogme traditionnel de l'autonomie de la volonté.

Dans le prolongement de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, une littérature fleuve s'est attachée à l'analyse du texte. Il faudra néanmoins encore patienter quelques années pour bénéficier du recul nécessaire, recul nécessairement issu d'une interprétation prétorienne de ce « nouveau » droit.

Aussi, dans cette attente, il convient d'envisager l'impact direct de cette réforme sur une typologie particulière de contrats : les contrats « digitaux », à savoir, les « Conditions Générales » de Vente ou de Service d'une part, et les contrats de fourniture de services informatiques d'autre part (Contrats de logiciels en mode Saas : *Software as a Service* ; contrat de développements informatiques).

L'impact particulier de la réforme sur ces contrats spécifiques résulte du paradoxe qui entoure ces derniers. Les conditions générales - de vente ou de service - constituent en effet les contrats les plus souvent conclus à l'heure du numérique et pourtant les plus invisibles. Il est ainsi rare que ces conventions soient lues avant que la case correspondante, qui vient recueillir le consentement du contractant, ne soit cochée.

Dans ce contexte, il convient d'identifier comment la réforme du droit des contrats est intervenue pour adapter le Code civil aux nouveaux usages numériques (I). Cette analyse permettra de constater que la prise en compte de ces nouveaux usages et des nouveaux rapports de force ont incité le législateur à encadrer spécifiquement la phase de formation du contrat « digital » (II), tout en offrant aux parties des armes potentiellement redoutables pour maintenir l'équilibre du contrat (III).

I. L'adaptation du « Code Napoléon » aux nouveaux usages

Le Code civil n'envisageait pas les contrats standardisés et conclus à distance. La réforme entend y remédier, en normalisant ce mode de conclusion d'une part et en instaurant une définition de ces contrats intangibles dits « d'adhésion » d'autre part.

La normalisation au sein du Code civil des contrats conclus par voie électronique

La plupart des contrats sont désormais conclus par voie électronique : achat de biens et de service, assurance, location immobilière, réservation de taxi, ouverture de compte bancaire... Le législateur a pris acte de ce mouvement en déplaçant les articles portant sur la conclusion des contrats par voie électronique de la fin du Titre III relatif aux « contrats en général » à la Section relative à la « conclusion du contrat ».

Au premier regard anecdotique, ce réagencement illustre pourtant la normalisation des contrats en ligne, dont la conclusion s'appuie sur les dispositions relatives à la force probante de l'écrit et de la signature électronique (articles 1366 et 1367 du Code Civil).

Le principe est désormais posé en des termes extrêmement clairs : « *L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».¹

Ces articles sont étroitement imbriqués avec le droit européen et le règlement « eIDAS » entré en application le 1 juillet 2016², qui consiste en une véritable « boîte à outil »³ de la preuve numérique.

La définition des contrats d'adhésion omniprésents dans le secteur numérique

¹ C. civ., art. 1366

² E.A.Caprioli, P. Agosti, *Principales évolutions du régime de la signature, du cachet et de la copie numériques*, AJC, octobre 2016,

³ Article précité

Une grande partie des entreprises actuelles, plus ou moins digitalisées, ont à cœur de développer un modèle économique reposant sur l'idée de *scalabilité*, entendue comme étant la capacité à offrir un produit ou un service à une demande croissant de manière exponentielle, tout en maintenant un niveau de qualité optimal et des économies d'échelle constantes.

Avec la transition digitale et les mutations profondes de l'économie actuelle, chaque société a aujourd'hui à cœur de conclure toujours plus de contrats, toujours plus vite, sans devoir faire intervenir l'homme dans ces transactions. Cela passe par une standardisation de l'ensemble de ses procédures internes, notamment juridiques, mais également par la formalisation de Conditions Générales intangibles, suffisamment souples pour encadrer l'ensemble des spécificités de l'offre de l'entreprise.

L'inconvénient de cette standardisation est qu'elle évince *de facto* la possibilité, pour la partie contractante, de pouvoir négocier les termes du contrat auquel elle est simplement supposée adhérer selon le principe du *take it or leave it*.

Le nouvel article 1110 du Code civil définit désormais le contrat d'adhésion comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Ainsi, le Code Civil vient directement appréhender les Conditions Générales, ce nouveau format de contrat, qui tend à supplanter les contrats dits classiques du « Code Napoléon ».

Prenant acte des évolutions des pratiques contractuelles, la réforme dépasse cette simple définition. Le législateur a souhaité en effet compenser l'exclusion du pouvoir de négociation par un devoir d'information particulièrement poussé d'une part et par un pouvoir de sanction des éventuels déséquilibres d'autre part.

II. Un encadrement de la phase de formation du contrat digital

Dans les contrats digitaux, une des deux parties pourra être privée de son pouvoir de négociation. Face à ce constat, la chancellerie a créé un devoir d'information particulièrement poussé dans les phases de négociation et de formation du contrat, qu'elle a assorti de l'obligation d'existence d'un contenu clair et déterminable.

Le devoir général d'information au stade de la négociation du contrat « digital »

L'ordonnance du 10 février 2016 codifie à l'article 1112-1 du Code civil un devoir général d'information autrefois réservé au droit de la consommation, au droit commercial ainsi qu'à une série de professions réglementées : banquier, assureur, vendeur professionnel, notaire... Face à la prolifération d'obligations similaires mais éparpillées, les auteurs de la réforme ont estimé opportun de consacrer de manière solennelle le principe général d'information précontractuelle, essentiel à l'équilibre des relations contractuelles.

Pour cela, ils l'érigent en disposition d'ordre public (« *les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* ») et le précisent de manière à le rendre « pratique ». Concrètement, le devoir d'information ne peut porter sur l'estimation de la valeur de la prestation, préservant ainsi le risque qui constitue la sève des échanges commerciaux. L'information déterminante est supposée avoir un lien direct

avec le contenu du contrat ou la qualité des parties⁴. Pour parfaire son œuvre, le réformateur assortit ce devoir d'information d'une sanction non négligeable : outre la mise en œuvre de la responsabilité du contractant fautif, l'article 1112-1 du Code civil prévoit que le manquement à ce devoir d'information pourra entraîner l'annulation du contrat sous l'angle du vice du consentement.

Face à ce nouveau principe, il incombera à toute société « digitale » d'être particulièrement attentive à l'information qu'elle fournit à ses potentiels cocontractants. Comme il lui reviendra de prouver qu'elle s'est acquittée de son obligation d'information, la société en question devra porter ladite information à l'attention de son cocontractant, via son site internet, ses FAQ, mais aussi et surtout via ses Conditions Générales de Vente ou de Service. Cette nouvelle obligation pourrait également donner naissance à de nouveaux documents. Les cybermarchands pourraient ainsi être conduits à formaliser des formulaires spécifiques tels que ceux que la réglementation financière⁵ ou le droit de distribution⁶ imposent pour la vente de produits financiers ou la conclusion d'accords de distribution, sortes d'annexes aux termes desquelles le cocontractant atteste qu'une information pertinente lui a bien été fournie.

Par ailleurs, l'ensemble des sociétés proposant des prestations informatiques (programmation, développement, etc...), voire des logiciels informatiques, devront impérativement compenser le déséquilibre de connaissance avec leur contractant par une information précise, qu'il leur appartiendra de justifier. L'intensité de l'obligation d'information dépendra de la qualité du cocontractant : l'entreprise dotée d'un service informatique ne bénéficiera pas du même « droit à l'information » que l'auto-entrepreneur. Dès lors, si ce devoir général d'information pourrait être considéré dans un premier temps comme symbolique voire théorique, il pourrait prendre une dimension toute particulière dans les contrats « informatiques ». Il pourrait ainsi notamment mettre fin à des pratiques telles que celle des « ventes one shot » au terme desquelles des agences web peu scrupuleuses louent des sites web à de petits entrepreneurs en les rendant captifs d'un contrat nébuleux particulièrement onéreux⁷.

Rappelons néanmoins que l'annulation du contrat ne pourra être obtenue qu'en présence d'un défaut intentionnel de délivrance d'une information essentielle pouvant caractériser un dol

⁴ Il est de jurisprudence constante que tout fournisseur d'une prestation ou d'un bien dont la production et l'exploitation requièrent une certaine expertise (fournisseur de composant électronique, prestataires informatiques...) relève d'une obligation de renseignement et de conseil à l'égard de son client (CA Paris, 25e ch., 19 Déc.1986). Concrètement, le fournisseur doit aider son cocontractant dans l'expression de ses besoins, notamment en suggérant la solution lui semblant la plus appropriée. L'obligation de renseignement peut aller jusqu'à l'obligation d'attirer son client sur les difficultés prévisibles, voire sur la faisabilité du projet (CA Paris, 4 janv. 1980). De surcroît, ce devoir peut engager la responsabilité du prestataire si celui-ci a sous-estimé le temps nécessaire à la réalisation de ses engagements contractuels. (Cf. Cass Com 5 Avril 2016, n°14-16.619).

⁵ Cf. par exemple l'article L121-20-10 du Code monétaire et financier qui dispose : « *En temps utile et avant qu'il ne soit lié par un contrat, le consommateur reçoit des informations fixées par décret en Conseil d'Etat, portant notamment sur : (...)2° Les documents d'information particuliers relatifs aux produits, instruments financiers et services proposés requis par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur ou, en l'absence de tels documents, une note d'information sur chacun des produits, instruments financiers et services proposés et indiquant, s'il y a lieu, les risques particuliers que peuvent comporter les produits proposés (...)* »

⁶ Voir sur ce point l'article L.330-3 du Code de commerce qui dispose : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités (...)* »

⁷ Voir sur la question : <http://www.haas-avocats.com/e-commerce/victimes-de-vente-one-shot-que-faire-comprendre-les-mecanismes-dun-fleau-du-net-pour-mieux-le-combattre/>

(articles 1130 et s.). Dans le cas contraire, seuls des dommages et intérêts pourront être réclamés par la victime (article 1112-1 du Code Civil)⁸.

Un encadrement pragmatique de l'offre

Selon le nouvel article 1114 du Code Civil, une offre, si elle ne comprend pas les éléments essentiels du contrat envisagé et la volonté de son auteur d'être engagé en cas d'acceptation, est une invitation à entrer en négociation, qui peut être alors librement rétractée si elle n'est pas parvenue à son destinataire, ou jusqu'à l'issue d'un délai raisonnable.

Ainsi, les Conditions Générales, qui pourraient notamment être invoquées par une partie dans le cadre de relations entre professionnels, n'ont d'effet à l'égard de l'autre partie que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si cette dernière les a expressément acceptées (article 1119 du Code civil). Par conséquent, la réforme semble mettre fin à la pratique qui consistait, entre professionnels, notamment dans le cadre du secteur industriel, à fournir ses Conditions Générales de Vente au dos de la facture envoyée après livraison des biens commandés.

Désormais, même entre professionnels - pour qui rappelons-le, il n'existe d'obligation de communication de son contrat qu'en cas de demande expresse⁹ - il devient obligatoire de faire accepter formellement les Conditions Générales pour les rendre opposables. Le silence ne pouvant officiellement pas valoir acceptation¹⁰ et l'offreur ayant la charge de la preuve du respect de son devoir d'information, il lui sera conseillé de mettre *a minima* ses Conditions Générales au dos du bon de commande signé par son cocontractant. Ce dispositif pourra être utilement complété en prévoyant expressément une mention selon laquelle le signataire a bien étudié les Conditions Générales au verso et les accepte sans réserve.

En outre, la réforme consacre ce qui était généralement accepté dans la pratique : en cas de contradiction entre les conditions générales des deux parties (d'achat et de vente notamment), les dispositions contradictoires seront déclarées sans effet et donc simplement écartées. De la même manière, le législateur propose une solution simple pour apporter de la souplesse à l'intangibilité des Conditions Générales. Il est ainsi prévu que les conditions particulières l'emporteront toujours sur les Conditions Générales. La réforme reprend ici une solution largement utilisée dans la pratique, notamment dans les domaines de l'assurance et de l'informatique où des conditions particulières (qui peuvent être un devis, un bon de commande, ou de vraies conditions particulières formalisées comme telles) viennent compléter les Conditions Générales en formalisant les demandes spécifiques du client concerné.

L'abus de dépendance économique dans les contrats numériques

Les contrats digitaux, ou du moins ceux liés à des prestations informatiques, sont plus exposés à un déséquilibre entre les parties au stade de leur conclusion.

A cet égard, le nouvel article 1143 du Code civil reprend la théorie jurisprudentielle de « violence économique » et introduit parmi les vices du consentement l'abus de dépendance économique qui

⁸ Traditionnellement le manquement à l'obligation d'information et de conseil peut être sanctionné par la résolution du contrat passé (*Cass.Com, 15 Mai 2001, Cegid c/Samino*) ou par l'allocation de dommages-intérêts (*CA Toulouse, 29 Juin 2004 : JurisData n°2004-245576*). Cette sanction, quelle qu'elle soit, doit être d'ailleurs prononcée aux torts exclusifs du prestataire si celui-ci n'a jamais demandé de clarifications sur le cahier des charges auquel il a répondu (*Cass. Com 19 Mai 1998 CPE c. ENSI*)

⁹ Article L441-6 du Code de commerce

¹⁰ Article 1120 du Code civil

est assimilé à un cas de violence. Il sanctionne le contrat dont l'une des parties obtient de son cocontractant un engagement non voulu et en tire « un avantage manifestement excessif ».

La Cour de cassation avait admis dès le début des années 2000 que « *la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* »¹¹ pour affirmer deux ans plus tard que l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement¹².

Déjà consacré à l'article L420-2 du Code de commerce, l'abus de dépendance économique est donc désormais élargi aux contractants non-professionnels. Le texte est toutefois muet sur la nature éventuellement économique de la dépendance : il conviendra donc sur ce point de s'en remettre à la jurisprudence.

Dans l'absence de précision prétorienne, cet article pourra connaître des applications innovantes dans le secteur particulier des nouvelles technologies. La dépendance pourra ainsi potentiellement être technologique, notamment dans les hypothèses où une société détient seule une technologie, indispensable à la fourniture d'autres services en ligne. C'est d'ores et déjà le cas de certains fournisseurs de solutions logicielles, qui vont effectivement proposer leur service, unique sur le marché, tout en imposant des conditions exorbitantes comme par exemple, la possibilité de collecter et traiter à des fins personnelles l'ensemble des données transitant par leur technologie, intégrée à la plateforme de leur client. Les places de marché telles qu'Amazon, Cdiscount ou d'autres qui, en référencant la plupart des produits existant sur un même segment de marché, captent la quasi-totalité de la clientèle existante, et obligent les vendeurs référencés à accepter leurs conditions contractuelles, pourraient être touchées.

La prohibition de la clause privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur

A cheval¹³ entre la phase de formation et d'exécution du contrat, le nouvel article 1170 introduit dans le Code civil l'apport des jurisprudences « Faurecia II »¹⁴ et « Chronopost » prohibant les clauses ayant pour effet de priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Ces sagas judiciaires n'ont porté, à l'époque, que sur les « *clauses limitatives de réparation qui contredisaient l'obligation essentielle du débiteur* » et ont imposé une vision de cohérence : une partie ne peut, par une obligation, reprendre ce qu'elle feint de donner à l'autre.

En codifiant cet acquis jurisprudentiel, la réforme a procédé à l'extension de la notion. Toute clause essentielle est désormais susceptible d'être « *réputée non-écrite* » sur le fondement de l'article 1170 du Code civil.

Par conséquent, au-delà de l'obligation initiale d'information et de celle de créer un contrat dont l'objet (la prestation par exemple) est déterminable¹⁵, le législateur inscrit dans le marbre un outil

¹¹ Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-15.242.

¹² Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932.

¹³ L'article 1170 du Code civil figure à la Sous-Section 3 relative au contenu du contrat, figurant elle-même dans la Section 2 concernant la validité du contrat. Il crée donc une disposition relative à la formation du contrat. Pourtant, la disposition de cet article ne pourra être mise en œuvre que lors de l'exécution du contrat, voire de sa remise en cause. Nous avons donc choisi la partie relative à l'exécution du contrat.

¹⁴ Cass., Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841 et Cass., Com. 22 oct. 1996, no 93-18.632.

¹⁵ Article 1163 du Code Civil : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.* »

très puissant puisque cette disposition pourrait conduire à anéantir toute clause qui viendrait remettre en cause l'obligation essentielle du contrat. On pense ainsi particulièrement aux clauses limitatives de responsabilité mais aussi potentiellement à la clause de jouissance paisible dans un contrat de licence ou celle relative à la qualité de service dans le contrat d'hébergement.

En imposant un principe essentiel d'information et en prolongeant ce dernier d'un encadrement relativement strict de l'offre, la réforme du droit des contrats s'attache à compenser un déséquilibre qui se retrouve fréquemment dans les contrats digitaux.

Ce rééquilibrage concerne également la phase d'exécution du contrat.

III. Un arsenal mis à la disposition de la partie « faible » contraire au principe du consensualisme

La réforme intègre plusieurs innovations juridiques au rang desquelles se retrouve la prohibition des clauses créant un déséquilibre significatif ou encore la théorie de l'imprévision autrefois réservée au droit public.

L'interprétation du contrat silencieux au regard des usages en la matière

Dans sa sous-section relative au contenu du contrat, le législateur a entendu anticiper certaines problématiques inhérentes aux Conditions Générales qui seraient trop « standardisées », voire en inadéquation avec la prestation correspondante. En effet dans un tel cas de figure, l'article 1166 du Code Civil prévoit que lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable, « *le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* ».

Ainsi dans l'hypothèse d'un contentieux portant sur la qualité de la prestation (et non sur sa teneur), l'office du juge ne sera pas de chercher la commune intention des parties mais bien quelles pourraient être les attentes légitimes du cocontractant au regard de la nature du contrat ; des usages, de l'état de l'art ; ou encore du montant même du contrat.

C'est une révolution annoncée dans l'univers des prestations informatiques. En effet, en l'absence de détermination de la qualité que pourrait attendre son cocontractant, un prestataire informatique ou l'éditeur d'un logiciel s'exposera à ce qu'un juge évalue le niveau de qualité qu'un client est en droit d'attendre au regard notamment des usages en la matière et de sa propre appréciation du montant du contrat. Il conviendra donc d'être particulièrement attentif à l'utilisation qui est faite par les Tribunaux de cette disposition.

Le déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion

La définition du contrat d'adhésion inaugure un régime spécifique.

Ainsi, l'article 1171 du Code civil tient pour non écrite toute clause qui, dans ces contrats précis, créerait « *un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Si la notion de déséquilibre significatif fait écho à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce, la Chancellerie se

réfère apparemment plus à l'article L. 132-2 du code de la consommation¹⁶ qui prohibe les clauses abusives.

Cette prohibition d'ordre public aura un impact fondamental sur les Conditions Générales répandues dans l'univers digital. La notion civiliste du déséquilibre significatif se caractérisera par une appréciation globale du déséquilibre, notamment à la lumière des listes noires et grises¹⁷ du Code de la consommation et à l'économie générale du contrat¹⁸. Néanmoins, elle ne pourra pas se faire par rapport à l'objet principal du contrat, ni par rapport à son prix, ce qui reviendrait à consacrer la lésion voire le principe de la force supérieure de la volonté des contractants¹⁹.

Le déséquilibre significatif, pris dans son acception civiliste, devrait s'imposer progressivement comme un « garde-fou » particulièrement efficace dans les contrats d'adhésion numérique. Nul ne pourra ainsi se prévaloir d'un contrat d'adhésion si celui-ci présente un déséquilibre qui serait « significatif », au-delà du simple montant prévu au contrat. Appliquée par exemple à l'ensemble des contrats proposés par les membres du GAFA²⁰, cette arme pourrait faire des ravages²¹, et ce d'autant plus que la remise en cause d'un tel déséquilibre significatif ne sera pas limitée aux relations entre « partenaires » comme cela pouvait être auparavant le cas de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce.

L'imprévision et les contrats « digitaux »

L'imprévision était, depuis plus d'un siècle, tenue à l'écart du droit civil par le juge judiciaire quand son *alter ego* administratif l'accueillait, certes pour des causes différentes. L'intangibilité du contrat s'opposait à sa possible remise en cause par les parties et leur juge. L'article 1195 du Code civil dispose désormais qu'un « *changement de circonstances imprévisible* » rendant « *l'exécution excessivement onéreuse pour une partie* » permet « *à celle-ci de demander une renégociation* ». Ainsi, tout contrat dont l'exécution pourrait dépendre de circonstances extérieures (*grâce à une clause d'indexation, l'intervention d'un tiers précisément identifié, l'utilisation d'une technologie obsolète dont l'utilisation deviendrait onéreuse du fait de son abandon généralisé, etc.*) pourra être remis en question au motif que son exécution serait désormais trop coûteuse pour une des parties. On remarque ici une nouvelle immixtion de la notion de lésion, puisque la recherche d'équilibre porte bien cette fois sur le prix et son évolution dans le temps.

¹⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>

¹⁷ Article R.212-1 du Code de la consommation pour les clauses nécessairement abusives et R212-2 pour les clauses présumées abusives

¹⁸ Traditionnellement, le déséquilibre significatif peut notamment être défini par l'asymétrie des conditions de la responsabilité contractuelle des parties, par exemple lorsqu'elle entraîne « l'immunité totale de la société, étendue au cessionnaire du contrat » et l'absence « de réciprocité de la sanction de l'inexécution », laquelle est dénoncée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt récent (CA Paris, pôle 5 chambre 4, 18 décembre 2013, RG n° 12/00150).

¹⁹ La première chambre civile a par exemple jugé que l'ambiguïté d'une clause était de nature à lui conférer un caractère abusif (Civ. 1re, 19 juin 2001, no 99-13.395, Bull. civ. I, no 53. - Civ. 1re, 20 mars 2013, no 12-14.432, JCP 2013. 538 note Paisant). L'ambiguïté pourrait donc potentiellement être un critère d'appréciation du déséquilibre significatif dont la mise en œuvre n'est pas cantonnée aux cas visés par l'article L. 132-1, alinéa 7.

²⁰ Google, Appel, Facebook, Amazon, auxquels on pourrait ajouter Twitter, mais aussi Microsoft ou Samsung

²¹ La question avait été posée s'agissant de la collecte de données à caractère personnel. Sur ce point la Cour de Cassation a considéré que la stipulation qui octroie au professionnel une prérogative, sans pour autant priver le consommateur de l'exercice d'un droit, de nature légale, adossé à cette prérogative, n'encourt pas de sanction. Ainsi, la clause autorisant la banque à transmettre des données personnelles vers des partenaires à des fins de gestion et de prospection commerciale n'est ni illicite ni abusive dès lors qu'elle respecte les droits d'accès, d'opposition et le droit à l'information du client qui a donné son autorisation et peut retirer celle-ci à tout moment (Civ. 1re, 23 janv. 2013, no 10-28.397 et no 11-11.421, CCC 2013. Comm. 88, obs. Raymond ; JCP 2013. 297, note Paisant ; CCC 2013. Comm. 89, note Debet).

Paradoxalement, l'apport de cet article, symboliquement important, pourrait être limité du fait de l'encadrement strict prévu par le texte.

En effet l'article 1195 ne permet pas directement à la partie assumant le risque de remettre en cause le contrat, mais seulement de demander une renégociation. En cas d'échec ou de refus, les parties pourront tenter de convenir d'une résolution du contrat ou demander au juge d'adapter celui-ci.

Ce n'est qu'en cas de second désaccord, sur la possibilité de résoudre le contrat, que le juge pourra judiciairement « *réviser le contrat ou y mettre fin* ». De surcroît, le législateur a limité cette prérogative en prévoyant que pendant ces procédures, la partie en cause « *continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». Il s'agit ici de lutter contre les manœuvres dilatoires.

Cette disposition, même limitée par sa procédure de mise en œuvre, n'en reste pas moins un outil pertinent pour tenter de préserver l'équilibre du contrat. Les contrats proposés par les éditeurs de places de marché ou autres plateformes d'intermédiation pourraient être directement impactés dans l'univers digital. En effet ces contrats, dont la commission prise sur chacune des transactions réalisées par les vendeurs qu'ils référencent ne varie pas forcément dans le temps en fonction du chiffre d'affaires réalisé, peuvent, dans certains cas, conduire à asphyxier le vendeur (ou le prestataire, comme le chauffeur VTC) et à le placer dans un état de dépendance économique.

Conclusion

Il serait impossible de reprendre de manière exhaustive dans cette tribune les différentes conséquences sur les contrats digitaux de cette réforme. Toutefois, à l'issue de ce panorama, certains enseignements peuvent être tirés.

L'introduction d'une forme de « Justice contractuelle » où le juge, mais aussi les parties, pourront pendant toute la vie du contrat et même à son issue, questionner l'équilibre du contrat constitue un contrepoids nécessaire dans un environnement digital gangrené par des contrats d'adhésion standardisés totalement déséquilibrés.

L'économie numérique est en effet telle que les rapports de force, l'éloignement géographique et la déshumanisation des relations, sources de déséquilibres, sont sans égal. Néanmoins, en cherchant à donner des armes supplémentaires aux « parties faibles », le législateur s'attaque en même temps au principe du consensualisme et à la sécurité juridique des relations contractuelles.

C'est ainsi à travers l'utilisation qui sera faite de ces nouvelles dispositions et par le prisme des jurisprudences à venir que pourront être tirées les conclusions sur cette réforme ambitieuse en quête d'équilibre.

Bibliographie

- « *L'équilibre dans le contenu du contrat* », P. Sirinelli, Dalloz IP/IT 2016, p.240
- « *Le devoir général d'information : un impact majeur dans la formation des contrats informatiques* », S. Lemarchand, Dalloz IP/IT 2016, p.233
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

- « *Principales évolutions du régime de la signature, du cachet et de la copie numériques* », E.A.Caprioli, P. Agosti, AJC, octobre 2016
- « *Le fait et le temps : force majeure et imprévision en droit des contrats* » par François Campagnola, www.village-justice.com
- « *Pratiques contractuelles, ce que change la réforme du droit des obligations* », Editions Législatives, 2016
- Conférence « *La négociation des contrats informatiques après la réforme du droit des contrats de 2016* » Mardi 7 mars 2017 – Beezen et SSC Avocats
- Cycle de formations de l'Union des Jeunes Avocats (UJA) « *Réforme des obligations – Régime général* » animé notamment par M. Florent Loyseau de Grandmaison
- Formation Lextenso « *La réforme du droit des contrats* » dispensée par M. Laurent Leveneur

Kami Haeri & Benoît Javaux

Les solutions amiables et la réforme du droit des contrats : la paix est la continuation de la guerre par d'autres moyens



KAMI HAERI

Avocat au barreau de Paris depuis 1997, Kami Haeri est à la tête du pôle Contentieux, Arbitrage et Pénal des Affaires du cabinet August Debouzy. Il s'est spécialisé en contentieux commercial et en conformité internationale et accompagne ses clients dans le cadre d'enquêtes menées par les régulateurs français et étrangers, tout en s'engageant au cœur de la cité en tant que président de la Commission Ouverte « contentieux des affaires » du Barreau de Paris, professeur à Sciences Po, à l'École de Formation du Barreau ainsi qu'à l'université et en tant que membre du Conseil de l'Ordre de 2010 à 2012. À la demande du Ministre de la Justice, Kami Haeri a récemment remis un rapport sur « L'avenir de la profession d'avocat ».



BENOIT JAVAUX

Benoît Javaux a rejoint le cabinet August Debouzy en 2005 en tant que juriste avant d'être admis au barreau de Paris en 2007. Il accompagne des entreprises françaises et étrangères dans leur stratégie précontentieuse ainsi que dans leurs litiges devant les juridictions civiles et commerciales. Il intervient quotidiennement sur des problématiques d'inexécution contractuelles, de concurrence déloyale, de révocation de dirigeants et de produits défectueux. Benoît Javaux a également développé une pratique particulière en matière de MARC et de procédures civiles d'exécution.

Avec la participation d'Hélène Cousté

Alors que la réforme du droit des contrats participe d'un mouvement législatif de fond favorable aux MARC¹, les avocats ne doivent pas perdre leurs repères face à cette contractualisation du contentieux². Au principe d'intangibilité du contrat se substitue en effet un contrat évolutif dont la vocation est de concilier les intérêts des parties tout au long de son existence. De nouvelles dispositions du Code civil invitent aussi les parties à user de solutions amiables en cas de différend, telles que la négociation, la médiation, la conciliation ou l'arbitrage. Cette évolution tend à dessiner un nouveau paysage dans lequel le recours au juge serait le véritable mode « alternatif » de règlement des conflits³.

L'avocat a une place de choix dans ce changement de paradigme. A cette fin, l'avocat-contradictaire doit se muer en avocat-médiateur composant avec des méthodes extra-judiciaires qui ne font *a priori* pas partie de son ADN. Plus qu'une place, c'est un rôle essentiel qui pourrait

¹ Modes Alternatifs de Règlement des Conflits

² L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

³ Conclusion du colloque « Le nouveau droit des obligations : un nouveau rôle du juge », organisé par Droit & procédure à la Maison du barreau le 13 octobre 2016.

désormais incomber à l'avocat : celui d'être le garant de la qualité des solutions trouvées hors la présence du juge et du respect des droits des parties, en particulier des plus faibles.

L'avocat dispose de nombreux atouts pour opérer sa mutation : il possède une culture de la défense et du conseil ainsi qu'une déontologie stricte et protectrice des intérêts des clients (secret professionnel, assurance de responsabilité civile, etc.). L'avocat doit donc désormais s'approprier ces modes alternatifs de règlement des conflits et en faire un vecteur d'évolution positive de la profession.

De cette progression de l'amiable au sein du droit des obligations, il convient de retenir en particulier la faculté de renégociation du contrat dans le cadre de l'imprévision introduite par l'article 1195 du Code civil (**I**), la consécration des contrats sur la preuve codifiés à l'article 1356, alinéa premier, du même Code (**II**) ainsi que d'étudier l'impact de la notion de déséquilibre significatif sur la clause de conciliation préalable (**III**). Nous nous intéresserons enfin aux conséquences du développement de l'amiable sur l'avocat (**IV**). A nouveau Code civil, nouvel avocat ?

I. Article 1195 : l'adaptation du contrat dans le cadre de l'imprévision

L'un des apports les plus emblématiques de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 réside dans l'admission de l'imprévision après plus de 140 ans de refus par les juridictions françaises de consacrer cette théorie⁴. Cette reconnaissance répond notamment à l'objectif d'attractivité du droit français face aux systèmes de droits concurrents, et en particulier anglo-saxons. L'article 1195 du Code civil prévoit désormais que :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

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

Le traitement de l'imprévision instauré par l'article 1195 comporte deux temps : le premier est consacré à une tentative de règlement amiable entre les seules parties (**A**), le second prévoyant l'intervention d'un juge de l'imprévision (**B**).

A. Le traitement amiable de l'imprévision en présence des seules parties

La renégociation du contrat peut être sollicitée par une partie dès lors que les trois conditions de l'imprévision sont réunies. Ces conditions sont les suivantes : (i) un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, (ii) rendant l'exécution excessivement onéreuse pour une partie, (iii) sous réserve qu'elle n'en ait pas accepté les risques. La partie à l'initiative de la demande est tenue d'exécuter le contrat durant la renégociation.

⁴ Depuis le célèbre arrêt « Canal de Craponne » : Cass., civ., 6 mars 1876, DP 1876.1.193.

Inspirée par une logique de justice commutative, selon laquelle le contrat perd sa légitimité dès lors qu'un déséquilibre profond s'y accuse entre les prestations réciproques, la réforme a entendu privilégier le dialogue entre les co-contractants afin d'adapter le contrat aux circonstances nouvelles⁵. Le nouveau dispositif n'impose néanmoins pas aux parties une période de renégociation. Le caractère supplétif du mécanisme finalement retenu par le législateur diffère sur ce point des solutions préconisées par les projets Catala, Terré et par la Chancellerie.

L'avocat jouera un rôle clé dans la tentative de règlement amiable de l'imprévision, à supposer évidemment que les parties aient choisi de recourir à un avocat. A ce stade, aucun juge ne contrôle que les conditions prévues par l'article 1195 sont réunies. Il revient donc à l'avocat de chacune des parties d'apprécier l'existence d'un changement de circonstances et, subséquentement, l'opportunité d'une renégociation du contrat. Or une telle évaluation nécessite de prendre en compte l'intérêt commun des parties, là où l'approche contentieuse classique fait primer les intérêts d'une seule partie. Les avocats devront, dans ce cadre, anticiper quelle pourrait être la décision du juge, surtout en présence d'un contrat complexe, afin de conseiller utilement leurs clients sur la pertinence d'une solution négociée.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le second alinéa de l'article 1195 prévoit que les parties « *peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent* ». Les parties ont donc une importante marge de manœuvre pour mettre fin à leur relation, avant d'envisager la phase judiciaire de l'imprévision.

B. Le traitement amiable de l'imprévision en présence du juge

La phase judiciaire du traitement de l'imprévision peut prendre deux formes distinctes. La première requiert l'accord des parties sur l'objet de la saisine du juge et les conditions de son intervention. La seconde constitue une action judiciaire classique, c'est-à-dire qu'elle est déclenchée par une seule des parties.

Le second alinéa de l'article 1195 du Code civil dispose que « *les parties peuvent [...] demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation [du contrat]* ». Cet article donne une nouvelle fois la primauté à l'accord des parties, qui est toutefois limité, dans cette hypothèse, aux conditions d'intervention du juge. Dans leur requête conjointe, les parties disposeront d'une grande latitude pour définir l'objet de l'adaptation du contrat sollicitée par le juge (une ou plusieurs clauses, voire le contrat dans sa totalité). Les parties pourraient en outre définir quelle était l'économie du contrat lors de sa conclusion. Le juge pourra enfin se voir confier le pouvoir de statuer comme amiable compositeur pour les droits dont les parties ont la libre disposition⁶.

L'intervention des avocats sera là aussi déterminante. Ils devront en effet comprendre la logique économique sous-tendant la conclusion du contrat afin de pouvoir conseiller leurs clients sur l'opportunité de saisir le juge par requête conjointe et, le cas échéant, de lui confier une mission d'amiable compositeur. La compétence des avocats leur permettra également d'exposer dans la requête conjointe, en termes précis et juridiques, l'économie du contrat conclu par leurs clients. Leurs règles déontologiques assureront enfin la confidentialité du travail collaboratif nécessaire en amont de la requête conjointe.

⁵ Bien que cela ne soit pas clairement établi, le droit ouvert par l'article 1195 du Code civil apparaît relever de l'ordre public interne (c.f. en particulier Barthélemy Mercadal, Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016, Éditions Francis Lefebvre, 2016, para. 609). Les parties ne pourraient donc pas y renoncer par avance dans le contrat.

⁶ C. pro. civ., art. L. 12

Ce n'est qu'en cas d'échec de la renégociation et après un « délai raisonnable » que chacune des parties pourra saisir le juge afin qu'il « révise » ou « mette fin » au contrat (dernière phrase de l'article 1195 du Code civil). Le procès classique est donc une voie d'action subsidiaire, ce qui est conforme à la philosophie générale adoptée par la réforme du droit des contrats.

Les aléas inhérents à la révision judiciaire du contrat devraient néanmoins constituer une incitation extrêmement puissante à la négociation. Après plusieurs mois, voire plusieurs années de litige le juge pourrait en effet réviser le contrat pour l'avenir tout en sanctionnant pour le passé la partie ayant refusé la révision par l'octroi de dommages et intérêts. Cette partie serait alors contrainte de payer des dommages et intérêts et d'exécuter un contrat révisé pendant une période potentiellement longue, alors même que les nouvelles obligations mises à sa charge pourraient s'avérer être compliquées à mettre en œuvre d'un point de vue opérationnel. Nous touchons là à une limite de la réforme du droit des contrats puisque les juges, y compris les juges consulaires, ne pourront que difficilement anticiper les conséquences opérationnelles de la révision judiciaire d'un contrat complexe à durée déterminée. En pratique, il est probable que les juges délègueront tout ou partie de ces problématiques à des experts.

II. Article 1356 : les contrats sur la preuve

Le contrat sur la preuve, qui a fait son entrée dans le Code civil avec la réforme du droit des contrats (**A**), pourra utilement être intégré à une convention de procédure participative (**B**). Ces nouveaux outils renforcent la place de l'amiable en cas de différend, offrant un nouveau champ d'action aux avocats.

A. La consécration légale des contrats sur la preuve

Un autre pilier de la réforme du droit des contrats réside dans la rénovation des règles relatives à la preuve des obligations. Consacrant certaines solutions jurisprudentielles⁷, le nouvel article 1356 alinéa 1er du Code civil dispose que :

« Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition

Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ».

Ces conventions répondent à un besoin pratique. Elles sont très utilisées en matière bancaire ou de télécommunication. Elles permettent notamment de conférer une sécurité juridique suffisante aux documents issus de systèmes d'archivage électronique⁸.

Les conventions sur la preuve sont désormais valables dans toutes les situations dans lesquelles les droits des parties sont disponibles. Elles ne pourront néanmoins pas intervenir en matière de droit des personnes, de la famille, de droit du travail ou lorsque les règles de preuve sont impératives⁹. En recourant à ces conventions, les parties pourront librement restreindre la liste des modes de preuve admissibles ou à l'inverse autoriser la libre administration de la preuve dans un domaine

⁷ Cass., civ., 1^{ère}, 8 novembre 1989, pourvois n° 86-16.196 et n° 86-16.197.

⁸ El net – La force probante des documents archivés – Chapitre 2 Les conventions de preuve, § 56.

⁹ Par exemple la valeur probatoire des actes authentiques, la procédure d'inscription en faux ou encore les règles intéressant l'ordre public.

où elle devrait par exemple l'être par écrit. La convention sur la preuve pourra également permettre aux parties d'inverser la charge de la preuve, d'instituer entre elles des présomptions simples et, plus largement, de s'accorder sur les points portants de la preuve.

Si les contrats sur la preuve peuvent constituer un outil autonome, les praticiens devront également appréhender l'opportunité de les inclure dans d'autres conventions, telles que les clauses de conciliation préalable ou les conventions de procédure participative.

B. L'insertion d'un contrat sur la preuve au sein d'une convention de procédure participative assistée par avocat

La convention de procédure participative issue de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, et récemment amendée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, permet aux parties d'œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend, que ce soit avant ou après la saisine d'un juge¹⁰.

La procédure participative comprend une phase conventionnelle amiable et une phase juridictionnelle permettant d'homologuer l'accord trouvé par les parties (qui peut être partiel)¹¹ et/ou de juger le différend persistant entre elles¹².

Lors de la phase conventionnelle, les parties – obligatoirement assistées d'un avocat¹³ – établissent par écrit la convention de procédure participative. Sous peine de nullité, cette convention précise (i) son terme, (ii) l'objet du différend, (iii) les pièces et informations nécessaires à la résolution de leur différend ou à sa mise en état et (iv) les modalités de leur échange. Il s'agit donc d'une véritable contractualisation de la phase précontentieuse, voire de la phase de mise en état en cas de saisine du juge, en vue de la conclusion d'une transaction. L'utilisation de la procédure participative au stade précontentieux permet d'œuvrer sereinement à une solution amiable puisque le recours au juge est impossible sauf en cas d'urgence ou de manœuvre dilatoire¹⁴. La partie qui saisirait le juge de manière précipitée se verrait en effet opposer une fin de non-recevoir. L'accès au juge est néanmoins préservé dans la mesure où le délai de prescription est suspendu à compter de la conclusion de la convention et ne recommence à courir qu'au terme de cette dernière¹⁵. Les pièces et documents échangés dans le cadre de la procédure participative pourront être produits devant le juge en cas d'échec partiel ou total de ce mode alternatif de règlement des conflits.

D'un point de vue pratique, une convention sur la preuve pourra utilement être incluse dans la convention de procédure participative, afin de coller au mieux aux spécificités du litige et d'assurer aux parties de pouvoir prouver leurs prétentions respectives d'une manière adéquate. Cette possibilité de contractualiser les modes de preuve pourrait d'ailleurs représenter un argument additionnel pour convaincre les parties de recourir à la procédure participative, qui est encore considérée par beaucoup comme exogène au système français.

¹⁰ C. civ., art. L. 2062 à L. 2068 et C. pro. civ., art. L. 1542 à L. 1564. Les dispositions du Code de procédure civile ont en dernier lieu été modifiées par le Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile.

¹¹ C. civ., art. L. 2066

¹² C. pro. civ., art. L. 1556 et suivants

¹³ C. civ., art. L. 2064

¹⁴ C. pro. civ., art. L. 2065

¹⁵ C. civ., art. L. 2238 : pour une durée qui ne peut être inférieure à 6 mois.

Le droit collaboratif représente une opportunité réelle pour les avocats de mettre à profit les compétences acquises en contentieux au service de la recherche d'une solution transactionnelle. La procédure participative implique en effet des échanges d'écritures et de pièces, un possible recours à un technicien voire à des auditions. Les avocats devront néanmoins conserver à l'esprit qu'en recourant à ce type de procédure, l'objectif n'est pas censé être la préparation d'un contentieux en adaptant la mise en état mais bel et bien d'« *œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable* »¹⁶.

III. Article 1171 : l'impact de la notion de déséquilibre significatif sur les clauses de conciliation préalable

La réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016 poursuit plusieurs objectifs, dont certains peuvent s'entre-choquer. L'un des objectifs de cette réforme est la limitation du recours au juge, qui – comme nous l'avons vu – contribue à faire progresser l'amiable au sein du droit des obligations. Cette réforme entend également améliorer la protection de la partie considérée comme la plus faible. Cet objectif se traduit notamment dans les dispositions relatives aux vices du consentement (par exemple, l'abus de dépendance économique) ou encore dans la prohibition des clauses abusives contenues dans les contrats d'adhésion¹⁷.

Or, cette extension du champ des clauses abusives pourrait en définitive entraver le recours à un mode alternatif de règlement des conflits comme préalable obligatoire à une action judiciaire.

L'insertion de clauses de conciliation préalable dans les contrats est un réflexe de plus en plus répandu en France. Elles permettent en effet de contraindre les parties à discuter en cas de litige afin d'essayer de préserver leurs relations, avant la saisine éventuelle d'un juge. Leur validité n'est conditionnée que par leur stipulation expresse¹⁸ ainsi que la prévision des conditions de leur mise œuvre¹⁹. Le non-respect d'une clause de conciliation préalable constitue une fin de non-recevoir²⁰, excepté en présence d'une renonciation sans équivoque des parties²¹ ou lorsqu'une mesure d'instruction est sollicitée avant tout procès²².

Avec la généralisation de la prohibition des clauses abusives, ce type de clause pourrait être privé d'efficacité dans les contrats d'adhésion. Jusqu'alors, seuls les contrats de consommation²³ et les contrats d'affaires²⁴ étaient concernés par les clauses abusives. Désormais, le nouvel article 1171 du Code civil prévoit que :

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

¹⁶ C. civ., art. L. 2062

¹⁷ C. civ., art. L. 1171

¹⁸ Cass., civ., 1^{ère}, 6 mai 2003, pourvoi n°01-01.291.

¹⁹ Cass., com., 29 avril 2014, pourvoi n°12-27.004.

²⁰ Cass., Ch. Mixte, 14 février 2003, pourvois n° 00-19.423, n°00-19.424, interprétant C. pro. civ., art. L. 122

²¹ Cass. civ. 3^{ème}, 20 janvier 2015, pourvoi n° 13-12.127.

²² Mesure *in futurum* sollicitée sur le fondement de C. pro. civ., art. 145 (Cass., civ., 3^{ème}, 28 mars 2007, n° 06-13.209) ou par requête.

²³ C. conso., art. L. 132-1

²⁴ C. com., art. L. 442-6 I 2°

Or, les clauses de conciliation préalable, dès lors qu'elles n'ont jamais traité à « l'objet principal du contrat » ni au prix convenu à l'une des parties, sont potentiellement concernées par la prohibition des clauses abusives lorsqu'elles sont insérées dans un contrat d'adhésion²⁵.

Les décisions rendues en matière de droit de la consommation apportent des précisions quant à l'appréciation de la notion de « déséquilibre significatif ». En particulier, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de juger que le fait de contraindre un consommateur à un préliminaire de conciliation n'était pas en soi abusif²⁶.

Dans un arrêt *Alassini contre Telecom Italia*²⁷, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a quant à elle reconnu que, si elle affectait bien l'exercice des droits des consommateurs, une conciliation préalable obligatoire prévue par une réglementation nationale ne rendait pas impossible le recours au juge lorsque ce préalable :

- n'aboutit pas à une décision contraignante pour les parties ;
- n'entraîne pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel ;
- suspend la prescription des droits concernés ;
- ne génère pas de frais (ou génère des frais peu importants) pour les parties.

Dans cet arrêt, la CJUE précisait en outre que la voie électronique ne doit pas constituer l'unique moyen d'accès à la procédure de conciliation et que des mesures provisoires doivent être possibles dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose.

Ces critères jurisprudentiels permettront aux praticiens d'identifier les clauses de conciliation préalable risquant d'être réputées non-écrites en application de l'article 1171 du Code civil. En pratique, l'extension des clauses abusives aux contrats d'adhésion pourrait permettre d'éviter que les clauses de conciliation préalable soient dénaturées par une partie afin d'empêcher dans les faits son co-contractant d'accéder à un juge (en raison d'une durée trop longue de la conciliation, d'un recours obligatoire à un ou plusieurs techniciens, du coût, etc.).

IV. La nécessaire adaptation du rôle de l'avocat face à la progression de l'amiable

Loin de combattre la montée en puissance des MARC, l'avocat doit au contraire se les approprier et en faire un vecteur d'évolution positive de la profession.

A la fois conseiller et défenseur, l'avocat a toutes les compétences pour juger de l'opportunité de recourir ou non à un mode alternatif de règlement des litiges et, le cas échéant, pour être acteur de sa mise en œuvre. Il est à même d'évaluer les risques liés aux coûts, à la durée et aux aléas d'une procédure judiciaire et peut donc endosser le rôle de prescripteur de MARC lorsque cette voie lui semble la plus adaptée²⁸.

La culture de l'amiable nécessitera néanmoins un changement dans les habitudes. Les avocats devront apporter un soin tout particulier à l'analyse du dossier dès qu'on les sollicite et faire

²⁵ Tel que défini au nouvel C. civ., art. L. 1110, al. 2

²⁶ Cass., civ., 1^{ère}, 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-19.692.

²⁷ CJUE 18 mars 2010, *Alassini contre Telecom Italia*, C ;317/08, arrêt rendu au visa de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁸ « *L'avocat, acteur des modes amiables de résolution des différends* », CNB, 2014. 44% des responsables de la résolution des litiges dans les entreprises désignent l'avocat comme premier interlocuteur dans le cadre de l'utilisation d'un MARC.

œuvre de pédagogie pour expliquer à leurs clients toute l'importance de ce temps d'analyse et d'échange sur la stratégie. C'est dès la naissance du litige qu'il conviendra d'apprécier en détail les facteurs juridiques, économiques ou commerciaux afin de décider de l'opportunité de recourir à un mode alternatif de résolution des conflits.

Les avocats devront également se former afin d'être en mesure de promouvoir et d'intervenir efficacement dans le cadre de ces modes alternatifs de règlement des conflits. Le développement des offres de formation, au stade de la formation initiale des avocats ou de la formation continue, devrait permettre à de nombreux praticiens d'acquérir ces compétences.

Avec les réformes récentes, l'avocat plaideur va progressivement se muer en avocat médiateur, négociateur, conciliateur, qui sait promouvoir l'intérêt de son client sans nécessairement adopter une logique contentieuse. Désormais, il s'agit de repenser l'affrontement et d'envisager l'ensemble des outils de l'amiable que propose notre droit. Ce n'est à rien de moins qu'à une mutation globale que nous invite l'ordonnance du 10 février 2016. Tout l'enjeu pour le juriste sera de savoir lui aussi évoluer en tenant compte de ces circonstances nouvelles.

A propos de La Revue des Juristes de Sciences Po

Fondée en 2009, la *Revue des Juristes de Sciences Po* est une revue semestrielle étudiante affiliée à l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP). Publiée par l'éditeur *LexisNexis*, elle propose depuis sa création des dossiers thématiques consacrés à de grandes problématiques juridiques. Entièrement et indépendamment conçue par des étudiants de l'Ecole de Droit de Sciences Po, la Revue compte aujourd'hui treize numéros. Un quatorzième est en préparation pour l'automne 2017.

La Revue est rédigée par des professeurs, praticiens et étudiants de Sciences Po mais aussi d'autres institutions. Les membres de la Revue sélectionnent les contributeurs et organisent la publication. Chaque numéro est placé sous la direction scientifique d'une personnalité reconnue du monde juridique.

En constant développement, la *Revue des Juristes de Sciences Po* entend devenir une référence parmi les publications étudiantes francophones. Par l'augmentation progressive de sa visibilité, elle aspire à terme à influencer la pensée des acteurs du droit et faire réfléchir sur l'impact du droit dans notre société contemporaine.

Tous les numéros de la *Revue des Juristes de Sciences Po* sont disponibles sur les bases de données *LexisNexis*.



A propos de l'Association des Elèves et Diplômés Juristes de Sciences Po (AJSP)

Créée en 1999, l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP) est une association permanente de l'Ecole de Droit de Sciences Po. L'AJSP s'engage à faire vivre le droit à Sciences Po et à mettre en relation les étudiants avec les professionnels du droit.

Tout au long de l'année, le Pôle *Evènements* de l'AJSP organise des conférences et des rencontres régulières avec des praticiens du droit. L'AJSP entend renforcer les relations entre les étudiants de Sciences Po et les professionnels ainsi que mettre en valeur leur formation juridique auprès des cabinets d'avocats les plus reconnus. Le Pôle *Revue* est en charge de la publication de la *Revue des Juristes de Sciences Po* ; revue publiée semestriellement par *LexisNexis* depuis 2014. Enfin, le Pôle *Vie de Master* organise des rencontres entre étudiants, des visites au Palais de Justice et édite un Yearbook que chacun reçoit lors de sa diplomation.



SciencesPo
ÉCOLE DE DROIT

**LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO
ISSN 2111-4293**

WWW.REVUEDESJURISTESDESCIENCESPO.COM
CONTACT@REVUEDESJURISTESDESCIENCESPO.COM

**REVUE ÉDITÉE PAR L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS
JURISTES DE SCIENCES PO (AJSP)**
13, RUE DE L'UNIVERSITE - 75007 PARIS
WWW.AJSP.FR

DIRECTION SCIENTIFIQUE :
SEBASTIEN PIMONT

REDACTEURS EN CHEF :
ANTOINE CIOLFI, ALEXANDRE GAUTHIER

COMITÉ DE RÉDACTION :
TAIEB OTMANI, BELA KELBEHEVA, HUGO PASCAL, SARAH GLASER,
TONY GARCIA

POUR CITER UN ARTICLE :
[Nom de l'auteur / Titre], La Revue des Juristes de Sciences Po,
printemps 2017, n°13, ISSN 2111-4293

Logo de la Revue : création originale d'Anne Saglier

La Revue des Juristes de Sciences Po, ses membres ainsi que son directeur scientifique n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans chaque article. Les opinions doivent être considérées comme propres à chaque auteur et n'engagent aucunement la responsabilité de La Revue des Juristes de Sciences Po, d'un de ses membres ou de son directeur scientifique.



www.revuedesjuristesdesciencespo.com