

Comment la réforme du droit français des contrats affecte vos contrats : points saillants

Le 1^{er} octobre 2016, la réforme du droit français des contrats introduite par l'Ordonnance du 10 février 2016 est entrée en vigueur (la "**Réforme**"). Voici un aperçu de certains des points clés qu'il convient désormais de considérer, à la lumière de la Réforme, lors de la négociation et de la rédaction des contrats. Cet aperçu porte un éclairage particulier sur certains aspects de nature transverse et qui intéressent la grande majorité des contrats. La Réforme a un champ d'application bien plus large toutefois et elle affecte nombre d'autres aspects importants du droit français, y compris par exemple le régime applicable à la cession de créance ou à la cession de dette, les règles en matière de preuve ou la responsabilité extracontractuelle.

Si vous souhaitez obtenir de plus amples informations sur la Réforme ou l'un des sujets abordés dans la présente note, ou si vous souhaitez une assistance dans le cadre de vos négociations ou de la revue et de la rédaction de vos contrats, n'hésitez pas à nous contacter.

Introduction

La Réforme vise à simplifier le droit français des contrats et à assurer une plus grande sécurité juridique. Ainsi, elle a cherché à codifier et à préciser certains principes développés au fil des ans par la jurisprudence française et la pratique, ainsi qu'à simplifier et à clarifier certains régimes. La Réforme a également introduit de nouvelles

règles importantes ou a renversé des solutions précédemment établies.

L'impact de la Réforme sur les négociations et la rédaction des contrats, ainsi que les incertitudes et les questions d'interprétation qui demeurent, ne doivent pas être négligés. Pour certaines des dispositions introduites par la Réforme, il est expressément prévu

qu'elles sont d'ordre public ou que les clauses contractuelles contraires sont réputées non écrites. Pour le reste, dès lors que leur caractère impératif ne ressort pas du texte, les règles introduites par la Réforme sont, en principe, supplétives et s'appliquent à moins que les parties n'en conviennent autrement. Il convient par conséquent, pour les négociateurs et les rédacteurs d'actes,

d'évaluer l'impact de la Réforme sur leurs négociations et contrats à venir, de déterminer les aspects pouvant valablement être gérés ou adaptés contractuellement et, pour chaque contrat au cas par cas, de définir quels aspects devraient l'être. Ce faisant, ils devront également tenir compte d'autres règles impératives qui pourraient s'appliquer et de la manière dont les différentes règles interagissent (par exemple en ce qui concerne les règles en matière de négociations commerciales, de déséquilibre significatif ou de rupture brutale de relations commerciales établies au titre du Code de commerce).

Devoir d'information : un devoir renforcé d'informer l'autre partie dans le cadre des négociations

Bien qu'existant déjà en jurisprudence, le devoir "précontractuel" d'information a été renforcé. La Réforme introduit un devoir exprès d'informer l'autre partie, au cours des négociations, de toutes les informations dont l'importance est déterminante pour le consentement de celle-ci. À l'approche des négociations, il est important de garder à l'esprit que : (i) les parties ne peuvent pas limiter ou exclure ce devoir et renoncer à leurs droits ; (ii) ce devoir s'applique lorsque, "légitimement", l'autre partie ignore l'information ou "fait confiance" à son cocontractant ; et (iii) le devoir d'information est très large, couvrant toutes les informations ayant un "lien direct et nécessaire" avec le contenu du contrat ou la qualité des parties (il ne porte toutefois pas sur la valeur de la prestation). Le non-respect par une partie de son devoir d'information pourrait entraîner non seulement sa responsabilité mais également

l'annulation du contrat. Les parties doivent dès lors mettre en place des processus fiables destinés à assurer le respect de cette exigence, sans être trop contraignants, et ce tout en tenant compte de l'expertise et des connaissances des parties.

Promesses unilatérales : la révocation de la promesse ne fait pas obstacle à la formation du contrat promis

La Réforme met fin à l'incertitude qui entourait l'exécution forcée en nature des promesses unilatérales.

Auparavant, les promesses unilatérales (telles que les "*put options*" et les "*call options*" connues de la pratique) pouvaient être révoquées par le promettant, et le bénéficiaire de la promesse ne pouvait obtenir l'exécution forcée en nature. Désormais, avec la Réforme, une promesse de contrat n'empêche pas le bénéficiaire de la promesse de poursuivre et obtenir l'exécution forcée du contrat promis, à moins que la promesse ne prévoie autrement.

Double représentation : le risque d'invalidité du contrat

Diverses dispositions de la Réforme portent sur les pouvoirs des représentants. Parmi les points clés, il est maintenant prévu qu'un même représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat. Le contrat serait nul, sauf si : (i) la loi l'autorise ; ou (ii) le représenté a autorisé ou ratifié le contrat. Une incertitude demeure concernant la notion de représentant visée ici : englobe-t-elle les mandataires sociaux ? En attendant que ce point soit précisé par la jurisprudence ou par une modification de la Réforme, les parties doivent donc veiller à ce que des mécanismes d'autorisation

appropriés soient mis en place afin d'éviter le risque d'invalidité.

Équilibre contractuel : un contrôle toujours plus strict des clauses abusives et assimilées

De plus en plus, les parties devront veiller à ce que leurs contrats soient équilibrés. En effet, certains types de clauses, considérées comme nuisant de manière significative à l'équilibre contractuel, sont désormais jugées invalides.

Tel est le cas des clauses qui privent l'obligation essentielle du débiteur de sa substance, désormais réputées non écrites. La nouvelle disposition est inspirée de la jurisprudence existante sur les clauses limitatives / exclusives de responsabilité, mais la Réforme va au-delà et applique cette règle à tout type de clause.

En outre, dans les contrats d'adhésion (tels que définis par la Réforme), toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est également réputée non écrite. En revanche, l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation. Cette nouvelle règle est clairement fondée sur le régime applicable aux clauses abusives dans les contrats dits "de consommation" (bien que la nouvelle règle soit beaucoup moins détaillée), et elle sera, en principe, interprétée à la lumière de ce régime. La Réforme a ainsi ajouté un niveau supplémentaire au contrôle des clauses abusives, en sus de ce qui existe déjà notamment dans le cadre des relations entre professionnels et consommateurs / non professionnels, et des relations entre professionnels au titre du Code de commerce.

Force majeure : une définition expresse et la clarification des conséquences

La Réforme donne une définition spécifique de la force majeure et détaille ses conséquences. Notamment, dès lors qu'une partie est temporairement empêchée de satisfaire à ses obligations, l'exécution est suspendue, à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif en revanche, le contrat est résolu de plein droit.

Le régime de la force majeure prévu par la Réforme sera applicable dans le silence du contrat. Les parties doivent par conséquent décider dans quelle mesure elles souhaitent que le régime légal soit applicable à leur contrat, y compris dans quelle mesure il pourrait et devrait être adapté, voire même exclu, à la lumière des clauses qu'elles envisagent d'introduire dans leur contrat, par exemple : définition contractuelle par rapport à la définition légale ; événements que les parties souhaitent voir automatiquement qualifiés d'événements de force majeure ou, au contraire, qui seraient exclus du dispositif ; mécanismes contractuels spécifiques concernant les conséquences de la force majeure et interaction avec les conséquences décrites dans le nouveau régime légal, y compris par rapport à la fin du contrat de plein droit ; etc.

Imprévision : de la renégociation du contrat à sa révision par le juge

Le droit privé français a longtemps rejeté la théorie de la "révision pour imprévision".

La Réforme change cette solution traditionnelle, en introduisant un mécanisme spécifique pour tenir compte de certaines évolutions pouvant survenir en cours d'exécution du contrat. Ainsi, si un changement imprévisible de circonstances intervient et 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. Le mécanisme prévoit ensuite d'autres étapes, pouvant aller jusqu'à la révision du contrat par le juge, voire même la possibilité pour celui-ci d'y mettre fin, dans certains cas.

Le nouveau régime accentue l'intervention du juge dans le domaine contractuel et les parties peuvent notamment se retrouver, *in fine*, dans une situation où un juge est amené à modifier leur contrat... Certains ont fait valoir que cela pourrait favoriser la recherche par les parties d'une solution négociée, afin d'éviter l'intervention du juge. En toute hypothèse, cela devrait encourager les parties à analyser et répondre, dès le départ, à la question de savoir si ce régime devrait s'appliquer à leur contrat compte tenu des incertitudes et des problématiques qu'il soulève, ou si elles devraient définir un mécanisme contractuel spécifique en lieu et place du régime légal.

Cession du contrat : enfin un régime juridique spécifique

Se basant sur la jurisprudence et la pratique, la Réforme organise expressément la cession de contrat (décrite comme la cession de la qualité de partie au contrat à un tiers).

La cession répond à un formalisme propre et doit être constatée par écrit, à peine de nullité. En outre, le

consentement du cocontractant est obligatoire. En revanche, celui-ci peut être donné par avance, notamment par le biais d'une clause expresse dans le contrat entre futur cédant et futur cédé. En outre, la partie cédante sera en principe tenue solidairement responsable à la suite de la cession, à moins que les parties n'en décident autrement en la libérant pour l'avenir.

Inexécution du contrat : tout un arsenal de remèdes possibles

En cas de violation du contrat, la partie non-défaillante a dorénavant un large éventail de remèdes disponibles dans le silence du contrat.

En principe, ces remèdes peuvent être cumulés – du moins lorsqu'ils ne sont pas "incompatibles" - et des dommages-intérêts peuvent toujours s'y ajouter. Cependant, la Réforme n'interdit pas expressément l'adaptation et le façonnage des sanctions prévues en cas d'inexécution du contrat. Une attention particulière doit être accordée à ces sanctions et à la manière de les traiter au cas par cas, en tenant compte des dispositions et conditions spécifiques énoncées dans la Réforme. Par exemple, les parties devront décider si certaines sanctions devraient être exclues ou certains aspects précisés pour les besoins de leur contrat. Elles devront également évaluer la compatibilité des stipulations contractuelles envisagées avec les dispositions légales, ou leur adaptation le cas échéant.

Les sanctions de l'inexécution du contrat comprennent :

La "résolution" du contrat.

Différents cas sont envisagés par la Réforme. Tout d'abord, les parties peuvent prévoir une clause

résolutoire. Il ne s'agit pas en soi d'une nouveauté (même si ce n'était pas expressément prévu auparavant dans les textes), et les parties ont toujours été bien-avisées de rédiger leurs clauses résolutoires avec soin. Cependant, de nouvelles précautions doivent dorénavant être prises lors de la rédaction de ce type de clauses et des points spécifiques doivent être pris en compte pour chaque contrat, afin en particulier d'éviter l'application par inadvertance des règles prévues par la Réforme dans le silence du contrat (par exemple : quels manquements ? Qu'en est-il de la nécessité de fournir une mise en demeure ? Quel contenu pour la mise en demeure ?). En outre, et au-delà du principe selon lequel les parties peuvent en principe toujours demander la "résolution" en justice, il est désormais expressément prévu qu'une partie peut aussi, dans certaines circonstances, "résoudre" un contrat par voie de notification, si la violation est "suffisamment grave". Des clauses adaptant les règles applicables devraient cependant être possibles.

Le refus d'exécuter ses propres obligations.

Comme par le passé, cette sanction est possible dans la mesure où le manquement de l'autre partie est "suffisamment grave".

Les nouvelles dispositions permettent désormais également à la partie non-défaillante de suspendre l'exécution de son obligation de manière anticipée, alors même que l'inexécution de l'autre partie ne s'est pas matérialisée. En effet, dès lors qu'il est "manifeste" que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont "suffisamment graves", la partie non-

défaillante peut suspendre l'exécution de son obligation. Elle doit en revanche notifier la suspension dans les meilleurs délais.

L'exécution forcée en nature.

En principe, cette sanction n'est pas applicable lorsque l'exécution est impossible ou lorsqu'il existe une disproportion "manifeste" en termes de coût pour le débiteur par rapport à l'intérêt pour le créancier. En outre, dans certains cas, la partie non-défaillante peut faire exécuter elle-même l'obligation ou, avec l'autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation du contrat, dans chaque cas, à la charge de la partie défaillante. Ici encore, des ajustements contractuels sont *a priori* autorisés.

L'acceptation d'une exécution imparfaite en contrepartie d'une réduction du prix.

La Réforme introduit expressément le principe selon lequel la partie non-défaillante peut accepter une exécution imparfaite et "solliciter" une réduction du prix à payer pour cette exécution.

Cependant, le nouveau régime continue de soulever certaines questions, notamment quant à sa mise en œuvre.

Clauses pénales : un régime simplifié

Les parties à un contrat conservent le droit de convenir, à l'avance, d'un montant à payer en cas d'inexécution (clause pénale).

Les parties ne peuvent se soustraire au pouvoir accordé au juge de réviser le montant convenu dans certains cas (à savoir, lorsque le montant est manifestement excessif ou dérisoire, ou lorsque l'obligation a été exécutée en partie).

En revanche, les parties devront considérer d'autres questions dans le cadre de l'élaboration de leurs clauses pénales, notamment l'hypothèse où le préjudice effectivement subi est plus important que l'indemnisation procurée par la clause. À cet égard, la Réforme semble introduire plus de flexibilité que par le passé.

Entrée en vigueur : application de certaines règles à des situations existantes au 1^{er} octobre 2016

Les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 restent régis par la loi précédemment en vigueur. Toutefois, et à titre d'exception, la Réforme prévoit que certaines des nouvelles règles sont applicables dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance, à savoir le 1^{er} octobre 2016. Elles s'appliquent en conséquence à des situations qui existaient déjà à cette date. C'est le cas de plusieurs dispositions autorisant désormais une personne à demander à une autre certaines confirmations ou l'exercice d'un droit, dans des délais impartis, en matière de pactes de préférence, de pouvoir des représentants ou d'action en annulation d'un contrat. La question de l'application dans le temps de la Réforme se pose pour d'autres situations, par exemple lorsqu'un contrat cadre a été conclu avant le 1^{er} octobre 2016 et que les contrats d'application sont conclus après cette date.

Contacts



Dessislava Savova

Associée – Corporate / Commercial Contracts

T: +33 1 44 05 54 83
E: dessislava.savova@cliffordchance.com



Diego de Lammerville

Associé – Litigation & Dispute Resolution

T: +33 1 44 05 24 48
E: diego.delammerville@cliffordchance.com



Sue Palmer

Of Counsel – Corporate / M&A

T: +33 1 44 05 53 26
E: sue.palmer@cliffordchance.com



Thibaud d'Alès

Associé – Litigation & Dispute Resolution

T: +33 1 44 05 53 62
E: thibaud.dales@cliffordchance.com



Olivier Gaillard

Counsel – Corporate / Commercial Contracts

T: 33 1 44 05 52 97
E: olivier.gaillard@cliffordchance.com



Alexander Kennedy

Counsel – Corporate / Commercial Contracts

T: + 33 1 44 05 51 84
E: alexander.kennedy@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

Clifford Chance, 1 rue d'Astorg, CS 60058, 75377 Paris Cedex 08, France

© Clifford Chance 2016

Clifford Chance Europe LLP est un cabinet de sollicitors inscrit au barreau de Paris en application de la directive 98/5/CE, et un limited liability partnership enregistré en Angleterre et au pays de Galles sous le numéro OC312404, dont l'adresse du siège social est 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.