Les nouvelles règles de négociation des contrats commerciaux à la Rentrée 2016

La fin de l'année 2016 est marquée, en matière de négociations commerciales, par deux réformes importantes, l'une contenue dans l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats (**1.**), l'autre en cours d'élaboration dans le projet de loi (« Sapin II »)[1] relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (**2.**).

1. LA REFORME DU DROIT DES CONTRATS

Sont exposés ci-après les points principaux sur lesquels l'attention du rédacteur de contrats commerciaux, soumis au droit français, devra plus particulièrement porter pour veiller à ce que les obligations contractuelles ne puissent être en tout ou partie neutralisées par l'effet de la loi.

Ces points concernent **les nouveaux contrats, qui entreront en vigueur le 1er octobre 2016**, et **les contrats renouvelables tacitement**[2] :

1.1. ***L'équilibre des clauses des contrats :*** il est inséré dans le code civil un nouvel article (1171) prévoyant 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* ».

La responsabilité des entreprises peut déjà être recherchée, en application de l'article L 442-6-I-2° du code de commerce, en cas de soumission ou de tentative de soumission (la soumission suppose un certain déséquilibre au stade de la négociation du contrat ou l'absence de marge ou pouvoir de négociation[3]) d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Cette responsabilité s'applique aux relations entre « partenaires commerciaux », c'est-à-dire dans les relations qui s'inscrivent dans la régularité et la continuité[4], pour tous les contrats (non pas seulement les « contrats d'adhésion ») et pour toutes les clauses du contrat, y compris les clauses tarifaires[5].

---

[1] Texte adopté par l'Assemblée nationale le 14 juin 2016 (TA n°755).

[2] Le contrat qui se renouvelle tacitement est un « nouveau contrat » d'après la jurisprudence, qui est désormais entérinée dans le nouvel article 1214 du code civil. Tous les contrats renouvelés tacitement après le 1er octobre 2016 seront donc soumis aux dispositions de la réforme du code civil.

[3] Cour d'appel de Paris, 25 novembre 2015, Darty c/ Ministre, RG n°12/14513 ; Cour de cassation, 27 mai 2015, Ministre c/ Leclerc, Pourvoi n° S 14-11.387.

[4] Cour d'appel de Paris, 6 mars 2015, RG n°13/20879, M. X c/ PARFIP France ; Cour d'appel de Nancy, 14 février 2013, n°12/00378, Mme. X c/ PARFIP France ; Commission d'Examen des Pratiques Commerciales - Avis n°15-03 relatif à une demande d'avis portant sur l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dans le cadre de contrats signés par des professionnels pour la création d'un site internet.

[5] Cour d'appel de Paris, 1er juillet 2015, RG n° 13/19251, Min. éco. c/ Galec ; Cour d'appel de Paris, 23 mai 2013, n°12/01166, Ikea Supply.

La responsabilité des entreprises peut également être recherchée aujourd'hui sur le fondement du nouvel article L 212-1 du code de la consommation (ancien article L 132-1) permettant l'annulation des clauses (« clauses abusives ») créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations nés d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur.

S'ajoute désormais, à compter du 1er octobre 2016, une possibilité d'annulation des clauses des contrats, uniquement les contrats d'adhésion, qui créent un déséquilibre significatif entre toutes parties et non pas seulement des « partenaires commerciaux » ; le contrat d'adhésion étant défini comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* » (nouvel article 1110 du code civil). Toutefois, à l'instar de ce qui est prévu en droit de la consommation, le déséquilibre significatif ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la « prestation ».

L'insertion d'un nouvel article dans le code civil permet donc d'appréhender plus largement, s'il en était besoin, les « déséquilibres » dans les obligations contractuelles souscrites par les parties.

Le contenu de cet article et la jurisprudence à laquelle son interprétation donnera lieu (sur la définition des contrats d'adhésion, les critères d'appréciation du déséquilibre, son champ d'application par rapport aux articles susvisés du code de commerce et du code de la consommation, son caractère d'ordre public, sa force obligatoire dans les contrats soumis à des droits nationaux étrangers, les titulaires de l'action, la nature des contrats visés – contrats de « prestations » de services ou autres, …) vont affaiblir dans les années à venir la sécurité juridique des contrats alors que ceux-ci ont précisément pour objet de prévoir, d'anticiper et de délimiter les contours, certes à l'avantage d'une partie et éventuellement au désavantage de l'autre partie, des effets de leurs relations contractuelles.

Au stade du contentieux, la superposition des textes va accroitre la complexité des règles de procédures puisque le déséquilibre significatif prévu par le code de commerce ne peut être appréhendé aujourd'hui que par des juridictions spécialisées (voir l'article de dossier thématique « ***Contentieux commercial : l'arme procédurale des pratiques restrictives de concurrence*** » par Virginie Bernard et Justine Pontreau http://labruyereavocats.com/images/Contentieux_commercial-mai-2016.pdf), ce qui n'est pas le cas du déséquilibre visé dans le code civil.

Les jurisprudences rendues respectivement sur le fondement du code de commerce et du code civil ne seront pas, au moins dans un premier temps, nécessairement harmonisées puisqu'elles ne relèveront pas toujours des mêmes juridictions.

Le rédacteur du contrat se doit d'anticiper, comme il était déjà invité à le faire depuis l'entrée en vigueur de l'article susvisé du code de commerce, le risque de remise en cause d'une clause particulièrement favorable aux intérêts de l'une des parties en mesurant l'intérêt réel du contenu de cette clause, éventuellement de l'absence de réciprocité des obligations qui y sont prévues, et le cas échéant en pensant à sa motivation sous-jacente.

1.2. *L'inexécution par les parties de leurs obligations* : il est inséré dans le code civil un nouvel article (1220) qui va au-delà de la « classique » exception d'inexécution permettant à une partie de refuser d'exécuter son obligation si l'autre partie n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.

En application de cet article, « *une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* ».

Une partie peut donc **anticiper l'inexécution de ses obligations par son cocontractant** pour s'exonérer de l'une de ses obligations. Cette arme pourrait être particulièrement efficace notamment dans les contrats d'entreprise et pourrait ainsi permettre à un client de suspendre ses règlements dus à un prestataire, dont il anticiperait par exemple un retard dans l'avancement de ses prestations.

Cette faculté réservée à une partie de ne pas exécuter ses obligations par anticipation est complétée par une disposition (nouvel article 1221 du code civil) permettant à une partie de s'opposer à l'exécution forcée en nature de ses obligations inexécutées si elle démontre que *« l'exécution est impossible »* ou qu'il existe « ***une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur*** *[de l'obligation]* ***et son intérêt pour le créancier*** *[de l'obligation] ».*

L'inexécution par une partie de ses obligations, autorisée plus largement que par le passé par la loi, est toutefois contrebalancée par l'option redoutable dont dispose désormais l'autre partie :

- **de faire exécuter elle-même une obligation non exécutée, ce sans autorisation préalable du juge, aux frais de la partie défaillante** (nouvel article 1222 du code civil : *« après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction.* ») ; et/ou

- **d'imposer une réduction du prix de l'obligation imparfaitement exécutée, ce sans autorisation préalable du juge, le cas échéant en retenant le solde du prix** (nouvel article 1223 du code civil : « *le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.* »)

Dans les deux textes précités, le créancier d'une obligation est donc autorisé à apprécier de lui-même l'existence de la défaillance du débiteur, la valeur financière de l'inexécution de l'obligation contractuelle, et à prendre des dispositions pour éviter de subir un préjudice de ce fait, soit en sollicitant l'exécution de l'obligation par un tiers qui se substituera au débiteur défaillant, soit en retenant une partie du prix.

Dans le même souci de pragmatisme, le nouvel article 1226 du code civil entérine la jurisprudence qui autorisait le créancier d'une obligation, en cas de manquement grave à cette obligation, à résoudre le contrat, à ses risques et périls, par voie de notification, en l'absence de clause résolutoire figurant dans le contrat ou hors les cas prévus dans cette clause. Cet article prévoit l'obligation pour ledit créancier de faire précéder la notification de la résolution d'une lettre de mise en demeure excepté en cas d'urgence.

Il résulte de ces dispositions une plus grande marge de manœuvre pour les parties de pallier l'inexécution par l'une d'elles de ses obligations, en dehors de toute saisine du juge et ce, dans une perspective d'efficacité économique.

1.3. ***La révision du contrat en cas d'imprévision :*** le code civil organise désormais, comme d'autres droits nationaux et comme il est usuel dans les contrats internationaux de le prévoir au travers de « clauses de *hardship* », la révision par les parties du prix du contrat, le cas échéant avec l'assistance du juge en cas d'échec de leurs négociations.

Les conditions requises par la loi (nouvel article 1195 du code civil), inspirées des conditions fixées dans les Principes d'Unidroit relatifs au contrat de commerce international de 2004 (révisés en 2010), sont :

i. le changement de circonstances « imprévisible » lors de la conclusion du contrat ;

ii. changement qui rend l'exécution « excessivement onéreuse » pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque.

Dans une telle situation, cette partie peut demander une renégociation du contrat. Elle doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation.

La disposition la plus remarquable de la réforme sur le point de l'imprévision apparaît au second alinéa du nouvel article du code civil : en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord pour saisir le juge dans un délai raisonnable, une partie peut saisir le juge pour lui demander de réviser le contrat ou d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Cette possibilité pour une partie d'exiger la révision du contrat, qui est désormais prévue par la loi, peut être aménagée librement par le rédacteur du contrat, voire supprimée, tout comme les nouveaux droits dont disposent les parties en matière d'exécution du contrat (articles 1220 à 1223 du code civil susvisés). Les parties pourraient ainsi avoir intérêt à préciser la notion de changement de circonstances, les conditions de résolution du contrat en cas d'échec des négociations, la possibilité ou non de saisir le juge, les délais de saisine…

- ***Le rédacteur du contrat, en fonction des intérêts qu'il défend, devra être attentif à l'opportunité d'écarter tout ou partie du dispositif légal concernant l'inexécution du contrat, sa révision, ou de s'en inspirer pour créer de nouveaux droits et obligations contractuels pour les parties.***

  Il en est de mêmes des nouvelles dispositions concernant le prix des contrats de prestations de services et la fin du contrat.

1.4. ***La fixation unilatérale du prix dans les contrats de prestation de services :*** le code civil (nouvel article 1165) prévoit qu'à défaut d'accord des parties sur le prix de la prestation avant son exécution, le créancier pourra le fixer unilatéralement, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation.

Le débiteur pourra seulement, s'il considère que le créancier a commis un abus dans la fixation du prix, saisir le juge d'une demande de dommages-intérêts.

Cette réforme est particulièrement novatrice en ce qu'elle permet à une partie à un contrat prestataire de services de déterminer seul le montant de la rémunération de sa prestation, sans accord de l'autre partie, qui devra payer le prix de la prestation, quitte à saisir le juge d'une demande de dommages-intérêts pour récupérer une partie de ce prix fixé unilatéralement.

Cette règle va au-delà de la règle développée par la jurisprudence, et désormais adoptée dans le code civil (à l'article 1164), permettant à l'une des parties à un contrat cadre de fixer le prix, à charge pour elle de le motiver en cas de contestation. Dans le contrat cadre, qui est un contrat de longue durée, les parties permettent l'évolution du prix fixé au départ d'un commun accord.

La nouvelle règle applicable aux contrats de prestation de services devrait conduire les entreprises à une vigilance accrue sur la définition du prix des prestations, quitte à écarter son application.

1.5. ***La conclusion et la fin du contrat :*** la réforme du droit des contrats introduit plusieurs nouveautés dans la loi, dont la portée pratique de certaines est particulièrement intéressante pour le praticien, notamment dans la matière du droit commercial et du droit de la distribution.

Le nouvel article 1102 du code civil dispose ainsi que « *chacun 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* ».

Cette règle est extraite du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et notamment de la liberté d'entreprendre. Il est heureux qu'elle soit ainsi expressément affirmée notamment pour les entreprises souhaitant maîtriser la distribution de leurs produits ou refuser toute intermédiation dans la vente de leurs produits et services, dans le respect par ailleurs des règles du droit de la concurrence.

Le nouvel article 1215 du code civil énonce que *« lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction et que celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat à savoir que le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée »*.

Ainsi, même lorsque les parties n'ont absolument pas prévu dans leurs contrats à durée déterminée le renouvellement de celui-ci, la relation commerciale qui se poursuit hors contrat sera soumise sans limitation de durée aux règles du contrat initial, notamment en ce qui concerne les clauses « non opérationnelles » comme les clauses de droit applicable, de juridiction, ou les clauses de non concurrence (dont la durée illimitée pourrait toutefois poser des difficultés au regard du droit de la concurrence…)

Les parties auront donc intérêt à se souvenir de l'existence du contrat qui aura pu expirer des années auparavant.

2. LE PROJET DE LOI SAPIN II

2.1 Dans les relations fournisseurs et distributeurs ou grossistes, donnant lieu à une négociation annuelle des conditions tarifaires et prévoyant une rémunération par le fournisseur au distributeur de services de coopération commerciale ou d'autres services (visés et définis aux articles L 441-7 et L 441-7-1 du code de commerce[6]), de nouvelles dispositions visant à ajuster le dispositif de la « convention unique » (ou « plan d'affaires ») sont en cours de discussion au Sénat (projet de loi Sapin II).

Elles ne seront pas applicables à la rentrée 2016, mais elles peuvent déjà être anticipées par les entreprises pour leurs pratiques commerciales 2017.

Dans le projet de loi adopté le 14 juin 2016 par l'Assemblée nationale, il était prévu l'obligation de mentionner dans la convention unique le nom du « négociateur ». Cette proposition n'a toutefois pas été retenue dans le projet en cours de discussion au Sénat dans sa version en date du 8 juillet 2016.

Il est par ailleurs prévu que la convention unique, jusqu'à présent annuelle, puisse être, à compter du 1er janvier 2018 (la précision de la date d'entrée en vigueur de la réforme est une proposition du Sénat), **biennale ou triennale** (le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale prévoyait une signature avant le 1er février de chaque année, au lieu du 1er mars, date conservée dans le projet de loi en cours de discussion au Sénat). Si elle est conclue pour une durée supérieure à un an, la convention unique devrait prévoir les conditions de révision du prix, qui pourraient renvoyer à un ou plusieurs **indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production**.

Serait interdite la référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention (proposition figurant dans la version du texte du Sénat du 8 juillet 2016).

2.2 Applicable dans les relations entre tous les partenaires commerciaux (et non pas seulement dans les relations fournisseurs distributeurs), l'article L 442-6.I.1° du code de commerce interdit les pratiques visant à obtenir d'un partenaire commercial un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.

---

[6] Extrait de l'article L 441-7 du code de commerce : « *Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur (…) fixe :*

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ces obligations. »

Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité.

Le projet de loi Sapin II prévoit, s'agissant plus spécifiquement des relations fournisseurs et distributeurs, de viser expressément comme avantage susceptible d'être octroyé sans contrepartie ou sans contrepartie proportionnée **la rémunération des services rendus par une centrale d'achat internationale** et le financement d'une opération de promotion.

2.3 Concernant tous les acteurs économiques, serait désormais également interdite la pratique consistant à soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des **pénalités pour retard de livraison** en cas de force majeure (ajout dans l'article L 442-6 du code de commerce par la création d'un nouvel article L 442-6.I.13°), celle-ci étant définie, dans le nouvel article 1218 du code civil issu de la réforme du droit des contrats, comme :

(i) l'évènement échappant au contrôle du débiteur,

(ii) évènement qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et

(iii) dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées.

Cette réforme irait ainsi au-delà des nouvelles dispositions du code civil issues de la réforme du droit des contrats (nouvel article 1231-1) prévoyant que « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par un cas de force majeure* ».

Il sera désormais prudent, pour le rédacteur de contrats, d'exclure expressément dans certains contrats (au moins les contrats soumis au droit français) l'application des pénalités de retard en cas de force majeure, en veillant à la définition des situations de force majeure. La loi ne définit pas ce qu'elle entend par « soumettre ou tenter de soumettre », mais un parallèle pourrait être fait avec la jurisprudence rendue sur le fondement du même article du code de commerce (article L 442-6.I.2° sur le déséquilibre significatif), qui retient comme critère de la tentative de soumission le déséquilibre des rapports de force entre les parties. L'interdiction pourrait être également circonscrite aux relations entre « partenaires commerciaux » tels que ceux-ci ont été définis par la jurisprudence récente, au visa de l'article susvisé sur le déséquilibre significatif.

2.4 Enfin, pour tenir compte des situations de commerce international et des questions soulevées régulièrement par les opérateurs économiques[7] au sujet du caractère obligatoire des plafonds de délais de paiement (60 jours à compter de la date d'émission de la facture ou 45 jours fin de mois), le projet de loi Sapin II adopté par l'Assemblée nationale envisageait l'introduction d'un nouveau délai de paiement de 90 jours maximum. Ce plafond devait s'appliquer au paiement des achats effectués en franchise de TVA, en application de l'article 275 du code général des impôts, de biens destinés à faire l'objet d'une livraison en l'état hors de l'Union européenne. Il ne devait pas être applicable aux achats effectués par « les grandes entreprises ». Cette proposition n'a pas été retenue par le Sénat dans la version du texte du 8 juillet 2016.

Il demeure donc aujourd'hui une certaine incertitude sur la possibilité pour les entreprises françaises de déroger aux plafonds légaux des délais de paiement dans leurs relations avec des sociétés étrangères.

Virginie BERNARD – Capucine DAVID-PASTRE

✧ ✧ ✧

[7] Voir notamment les avis n°16-12 et 16-01 de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales.