



**OBSERVATIONS DU PÔLE DROIT DES CONTRATS, DE LA CONSOMMATION
ET DU COMMERCE ELECTRONIQUE DU RESEAU TRANS EUROPE EXPERTS
SUR LE PROJET D'ORDONNANCE PORTANT REFORME DU DROIT DES
CONTRATS, DU REGIME GENERAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS**

Trans Europe Experts (TEE) est une association créée en 2009 par cinq universitaires français, agrégés des facultés de droit et particulièrement investis en Europe : **Bénédicté Fauvarque-Cosson**, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et présidente de TEE ; **Judith Rochfeld**, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et présidente de TEE ; **Denis Mazeaud**, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et vice-président de TEE ; **Carole Aubert de Vincelles**, professeur à l'Université de Cergy-Pontoise et secrétaire générale de TEE ; **Catherine Prieto**, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

Trans Europe Experts a pour vocation de constituer un réseau, fédérant de nombreux universitaires français et étrangers, des professionnels du droit, de la politique, de l'économie ainsi que des représentants des mondes social et associatif. Ce réseau a pour objet la participation effective de tous à l'élaboration du droit européen.

N O S M I S S I O N S

Trans Europe Experts entend promouvoir la participation active des experts français, en lien avec leurs collègues et partenaires européens, aux discussions qui se déroulent en Europe, au sein d'une structure fédératrice permettant de mener une action coordonnée, réactive et dynamique. Ainsi, Trans Europe Experts permet à chacun de s'informer et d'être identifié comme personne intéressée et impliquée dans les discussions juridiques européennes, tout en offrant une plus grande visibilité aux instances de décisions nationales (ministères impliqués dans les discussions de textes juridiques européens), ou européennes (Commission et Parlement européens).

Possédant un vivier d'experts visible et identifiable, Trans Europe Experts constitue également un réseau d'influence donnant à ces experts les moyens de peser efficacement sur les orientations juridiques prises en Europe.

La tâche de Trans Europe Experts s'articule autour des trois missions suivantes :

1° - L'expertise par la mise à disposition d'un vivier d'experts

Le vivier d'experts est organisé en pôles de compétence réunissant universitaires et professionnels, en lien avec des représentants des mondes politiques, économiques, sociaux et associatifs. Il est prêt à répondre aux demandes d'expertises et appels d'offres lancés en Europe mais également par les instances nationales.

2° - La sensibilisation des milieux juridiques, sociaux, économiques et politiques, aux enjeux européens

Le vivier d'experts et les membres qui le constituent peuvent être sollicités pour toute entreprise d'information, de sensibilisation et d'approfondissement des enjeux juridiques européens. Ses actions sont à destination de tous les intéressés, que ce soient les personnels politiques impliqués dans les discussions européennes, les pouvoirs publics en charge de questions européennes (ministères notamment) ou les représentants de groupes économiques, professionnels ou associatifs de tous ordres.

Cette entreprise se concrétise, en outre, annuellement, de façon formelle et stable, avec l'organisation et la tenue du FORUM DES ENJEUX JURIDIQUES EUROPEENS. Les enjeux juridiques contemporains y sont présentés en session plénière et en ateliers, organisés autour des pôles de compétence.

3° - L'organisation d'un réseau d'influence

Enfin, TEE se propose de fédérer les acteurs français et européens d'ores et déjà actifs en Europe, afin de constituer un réseau d'influence plus apte à accroître la présence des juristes de tous horizons sur la scène européenne. Ainsi, TEE leur permet de travailler ensemble, dans des commissions composées d'universitaires, de professionnels et de représentants d'institutions diverses ou d'associations.

INTRODUCTION

Les observations ici présentées sont le fruit des réflexions d'un groupe de travail du Pôle droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique du réseau Trans Europe Experts.

Ont ainsi participé à la rédaction de ces observations :

-Carole Aubert de Vincelles, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise, Secrétaire générale de Trans Europe Experts

-Martine Béhar-Touchais, Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1) Co-directrice de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-Institut Tunc), Co-directrice du Pôle droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts

-Muriel Chagny, Professeur à l'Université de Versailles St Quentin-en-Yvelines, Directrice du Laboratoire Dante

-Céline Delacroix, Juriste, membre du pôle juridique de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris

-Bénédicte Fauvarque-Cosson, Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas, Co-présidente de Trans Europe Experts

-Anne-Marie Reita-Tran, Direction des politiques législatives et juridiques, Chambre de commerce et d'industrie de Paris

-Judith Rochfeld, Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1), Codirectrice de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-Institut Tunc), Co-présidente de Trans Europe Experts

-Natacha Sauphanor-Brouillaud, Professeur à l'Université de Versailles St Quentin-en-Yvelines, Co-directrice du Pôle droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts

-Michel Séjean, professeur à l'Université Bretagne-Sud, Trésorier de Trans Europe Experts

Les observations ne constituent pas une analyse exhaustive du projet de réforme mais se concentrent sur les principales dispositions relatives au droit des contrats (en particulier sur la formation du contrat). Dans une première partie, sont proposées les corrections qui, selon les membres du groupe, sont essentielles pour éviter des malfaçons législatives. Cette partie comporte également des suggestions de modifications des dispositions concernant le contrat conclu par voie électronique dans un but de modernisation de la matière. Dans une seconde partie, figurent des propositions d'amélioration de rédaction, ainsi que des approbations de certaines dispositions.

Les suggestions de corrections sont présentées en caractères de couleur rouge.

L'implication de Trans Europe Experts dans les discussions juridiques européennes a conduit, le cas échéant, les membres du Pôle à signaler des différences entre les dispositions analysées du projet d'ordonnance et le droit européen des contrats.

Nos remerciements vont à Caroline Trignan-Reydel, doctorante, et Ségolène Busi, doctorante et stagiaire au sein de Trans Europe Experts, qui ont aidé à rédaction de ces observations.

LISTE DES ABREVIATIONS :

- **DCEV** : Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, SEC(2011) 1165 final
- **DCFR** : *Draft common frame of reference – Projet de cadre commun de référence*
- **PDEC** : Principes du droit européen du contrat

I/ Propositions de corrections essentielles

Article 1108 sur le contrat d'adhésion

Article 1123 sur le délai de rétractation

Articles 1126 à 1126-8 sur le contrat conclu par voie électronique

Article 1142 sur la violence économique

Article 1143 sur l'action en nullité et le délai butoir

Article 1167 sur la contrepartie convenue

Article 1169 sur le déséquilibre significatif

II/ Propositions d'amélioration - Approbations

Article 1102 sur la liberté contractuelle

Article 1109 sur le contrat cadre

Article 1111 sur les négociations précontractuelles

Articles 1132 et 1134 sur l'erreur

Articles 1161 et 1162 sur le contenu du contrat et sur l'objet de l'obligation

Articles 1163 sur la fixation unilatérale du prix

I/ Propositions de corrections essentielles

TITRE III - DES SOURCES D'OBLIGATIONS
SOUS-TITRE I - LE CONTRAT
CHAPITRE I - DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
<p>« Art. 1108. – Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties. »</p>	<p>« Art. 1108. – Le contrat de gré à gré est celui dont <i>l'essentiel des</i> stipulations est librement négocié entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont <i>l'essentiel des stipulations a été rédigé préalablement par une partie et sur le contenu desquelles l'autre partie n'a pas pu avoir d'influence.</i> »</p> <p><i>Variante :</i> Le contrat de gré à gré est celui dont <i>l'essentiel des</i> stipulations est librement négocié entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont <i>l'essentiel des stipulations n'a pas été négocié. Une stipulation est non négociée si elle est proposée par une partie et que l'autre partie n'a pas pu avoir d'influence sur son contenu.</i> »</p>

Observations sur l'article 1108 :

- **La référence aux stipulations essentielles dans le contrat d'adhésion sous-entend que les clauses accessoires peuvent avoir été négociées mais que le contrat reste d'adhésion.** Or, dans certains contrats de consommation, notamment le contrat de crédit, les stipulations essentielles (le taux d'intérêt) sont négociées et pour autant le contrat reste d'adhésion. Il en va de même dans les négociations dites commerciales. La difficulté vient surtout de l'absence de négociation des clauses accessoires. **C'est pourquoi une correction des définitions du contrat à gré à gré et du contrat d'adhésion est proposée pour montrer que le critère est plutôt la part prépondérante des clauses négociées ou non.**
- **Le critère de l'absence de pouvoir d'influencer ou de peser dans la négociation paraît meilleur que la référence au fait que les stipulations aient été « soustraites à la libre discussion ».**

Ce critère figure dans le droit allemand :

V. BGB, §310 para. 3, cf. Code civil allemand, Traduction commentée, éd. Juriscope-Dalloz, 2010, p. 104-104 :

« Dans les contrats conclus entre un entrepreneur et un consommateur (contrats de consommation), les dispositions de cette Section s'appliquent avec les mesures suivantes :

1. Les conditions générales contractuelles sont considérées comme imposées par l'entrepreneur, à moins qu'elles ne soient introduites dans le contrat par le consommateur ;

2. Le §305c, al. 2 et les §§306, 307 à 309 de cette loi ainsi que l'article 29a de la loi d'introduction au BGB s'appliquent également aux conditions préformulées même si elles ne sont destinées qu'à une seule utilisation et **dans la mesure où le consommateur n'a pu avoir, à raison de cette préformulation, aucune influence sur leur contenu ; (...)** »

- **Le critère de l'absence de pouvoir d'influencer/ de peser dans la négociation figure également dans de nombreux textes européens :**
 - **Dir. 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, sur les clauses abusives, art. 3.2 :** « Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, **pas pu avoir d'influence sur son contenu**, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion ».
 - **DCFR, II. – 1. 110 :** « **Clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle**
(1) Une clause émanant de l'une des parties n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle si l'autre partie n'a pas pu avoir d'influence sur son contenu, particulièrement parce qu'elle a été rédigée à l'avance, qu'elle soit incluse ou non dans un contrat d'adhésion ».
 - **DCEV, art. 7 :** « **Article 7: Clauses contractuelles ne faisant pas l'objet d'une négociation individuelle**
 - 1. Une clause contractuelle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle si elle est proposée par une partie et si l'autre partie n'a pas pu avoir d'influence sur son contenu.
 - 2. Lorsque l'une des parties propose à l'autre un choix entre plusieurs clauses contractuelles, une clause ne sera pas considérée comme ayant fait l'objet d'une négociation individuelle du seul fait que l'autre partie a choisi l'une des clauses proposées.
 - 3. Celle des parties qui prétend qu'une clause contractuelle fournie à titre de clause type a, depuis, fait l'objet d'une négociation individuelle supporte la charge de cette preuve.
 - 4. Dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, le premier a la charge de prouver que la clause contractuelle qu'il a fournie a fait l'objet d'une négociation individuelle ».
- **La définition du contrat d'adhésion pourrait servir de limite à l'application de l'article 1169 sur les clauses abusives (voir *infra* les observations sur l'article 1169).**

.....

CHAPITRE II- LA FORMATION DU CONTRAT
SECTION 1 - La conclusion du contrat
Sous-section 2 – L'offre et l'acceptation

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
<p>« Art. 1123. – Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai.</p> <p>« Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir. »</p>	<p>« Art. 1123. – Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai.</p> <p>« Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir. Le délai se calcule en jours calendaires, à compter du jour qui suit la conclusion du contrat »</p>

Observations sur l'article 1123 :

- Il est utile d'élaborer une théorie générale du délai de réflexion.
- Toutefois **cet article ajoute au délai de réflexion prévu par la loi, le cas où ce délai est fixé par les parties. Cet ajout créerait des difficultés si l'article 1123 devait être d'ordre public.**
 - Soit le délai est établi par les parties :
 - Si le délai contractuel est prévu dans l'intérêt d'une seule d'entre elles, le destinataire bénéficiaire ne pourrait pas y renoncer et consentir au contrat avant l'expiration du délai. Ceci révèle un manque de souplesse. **Par exemple si une compagnie aérienne permet de bloquer la réservation d'un billet (système d'option) pendant 3 jours, le texte aurait pour effet que la réservation par le client, avant l'expiration du délai de 3 jours, ne serait pas valable. Il est donc suggéré de supprimer l'hypothèse d'un délai de réflexion prévu par les parties.** Il est précisé qu'en droit européen seul le délai légal de rétractation est envisagé.
 - Si le délai contractuel est prévu dans l'intérêt des deux parties il faut donc l'accord des deux parties pour y renoncer.
 - Soit le délai est prévu par la loi, il n'est alors pas possible d'y renoncer. Ce sera essentiellement le cas :
 - En matière d'enseignement, Code de l'éducation, art. L. 444-8 : « *A peine de nullité, le contrat ne peut être signé qu'au terme d'un délai de sept jours après sa réception* ».
 - En matière de crédit immobilier, C. consom., Art. L. 312-10 : « *L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur. L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue* ».
 - Il serait peut-être utile de ne pas laisser dans le flou — c'est-à-dire sans règle claire — le mode de décompte du délai (jour franc ou non).

**« CHAPITRE II « LA FORMATION DU CONTRAT
« SECTION 1 « La conclusion du contrat
Sous-section 4 : Le contrat conclu par voie électronique**

TEXTES DU PROJET DE REFORME	SUGGESTIONS
<p>Sous-section 4 : Le contrat conclu par voie électronique</p> <p>« Art. 1126. – La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services.</p> <p>« Art. 1126-1. – Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen.</p> <p>« Art. 1126-2. – Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique. « Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir.</p> <p>« Art. 1126-3. – Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. « Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre ou l'invitation à entrer en négociation, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait. « L'offre ou l'invitation à entrer en négociation énonce en outre :</p>	<p>Sous-section 4 : Le contrat conclu par voie électronique</p> <p>« Art. 1126 (inchangé). – La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services.</p> <p>« Art. 1126-1 (inchangé). – Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen.</p> <p>« Art. 1126-2 (inchangé). – Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique. « Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir.</p> <p>« Art. 1126-3. Le contrat électronique est le contrat par lequel une personne propose, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, qu'une autre personne accepte selon la même voie ».</p> <p>Art. 1126-4. – L'offre de contrat électronique comprend les éléments essentiels du contrat envisagé. L'auteur de l'offre met à disposition, le cas échéant, les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, ou l'invitation à entrer en négociation, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait. En plus des conditions d'une offre de droit commun, l'offre de contrat électronique énonce :</p>

<p>« 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;</p> <p>« 2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;</p> <p>« 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ;</p> <p>« 4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre ou l'invitation à entrer en négociation et les conditions d'accès au contrat archivé ;</p> <p>« 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre ou l'invitation à entrer en négociation entend, le cas échéant, se soumettre.</p> <p>« Art. 1126-4. – Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre ou de l'invitation à entrer en négociation doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.</p> <p>« L'auteur de l'offre ou de l'invitation à entrer en négociation doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.</p> <p>« La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.</p>	<p>1° Les éléments d'identité de l'auteur de l'offre, conformément aux exigences de l'article 19 de la Loi « Confiance dans l'économie numérique » du 21 juin 2004 ;</p> <p>2° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat (par voie) électronique ;</p> <p>3° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;</p> <p>4° Les langues proposées pour la conclusion du contrat, en plus du français quand l'utilisation de ce dernier est exigée ;</p> <p>5° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;</p> <p>6° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre ou l'invitation à entrer en négociation entend, le cas échéant, se soumettre.</p> <p>« Art. 1126-5. – Pour accepter valablement l'offre de contrat électronique et conclure ce dernier, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité, après la première manifestation de son choix d'accepter, de vérifier le détail de sa commande et son prix total ainsi que de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer son choix pour exprimer définitivement son acceptation et conclure le contrat.</p> <p>L'auteur de l'offre ou de l'invitation à entrer en négociation doit alors accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la conclusion du contrat qui lui a été ainsi été manifestée.</p> <p>La première acceptation, la confirmation de celle-ci ainsi que l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.</p>
---	---

« Art. 1126-5. – Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1126-3 et aux deux premiers alinéas de l'article 1126-4 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.

« Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions des 1° à 5° de l'article 1126-3 et de l'article 1126-4 dans les conventions conclues entre professionnels.

« Art. 1126-6. – Une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique.

« L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'État.

« Art. 1126-7. – Une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire.

« Le contenu de cette lettre, au choix de l'expéditeur, peut être imprimé par le tiers sur papier pour être distribué au destinataire ou peut être adressé à celui-ci par voie électronique. Dans ce dernier cas, si le destinataire n'est pas un professionnel, il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen ou en avoir accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs.

« Lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité de celui-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, s'il satisfait à des exigences fixées par un décret en Conseil d'État.

« Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver.

« Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

« Art. 1126-8. – Hors les cas prévus aux articles 1126 et 1126-1, la remise d'un écrit sous forme électronique est effective lorsque le destinataire,

Art. 1126-6. – Si la conclusion du contrat s'effectue exclusivement par échange de courriers électroniques, l'auteur de l'offre, dès lors qu'il n'est pas professionnel, n'a pas à fournir les informations énoncées aux 2° à 6° de l'article 1126-4, ni à suivre la procédure de conclusion décrite aux deux premiers alinéas de l'article 1126-5.

Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions des 2° à 6° de l'article 1126-4 et de l'article 1126-5 dans les conventions conclues entre professionnels. »

Les articles 1126-6 à 1126-8 inchangés deviennent les articles 1126-7 à 1126-9.

<p><i>après avoir pu en prendre connaissance, en a accusé réception.</i></p> <p><i>« Si une disposition prévoit que l'écrit doit être lu au destinataire, la remise d'un écrit électronique à l'intéressé dans les conditions prévues au premier alinéa vaut lecture. »</i></p>	
---	--

Les observations et les suggestions de corrections des textes ont été rédigées par Carole Aubert de Vincelles et Judith Rochfeld, membres du groupe du travail et spécialistes de la matière.

Les objectifs ont été de :

- **Définir le contrat électronique** afin de clarifier les hypothèses dans lesquelles son régime particulier doit s'appliquer.
- **Etendre ses règles à tous les contrats électroniques, quelle que soit la qualité des parties. En effet, le contrat électronique fait aujourd'hui partie du quotidien de tous les contractants, y compris les transactions conclues entre particuliers.** Le fait de recourir à la voie électronique doit conduire à une certaine protection de l'acheteur ou client d'une prestation de services. S'agissant d'une réforme du Code civil, il est apparu important d'élargir le champ d'application de ces règles, tout en proposant des voies d'assouplissements.
- **Sécuriser les règles, notamment relatives à l'acceptation, en clarifiant les étapes et en fixant nettement le moment de la conclusion du contrat (rôle de l'accusé de réception notamment).**

Observations sur la sous-section 4 :

- **La notion juridique de « contrat électronique » est proposée, dont une définition est donnée au nouvel article 1126-3 reformulé. De ce fait, il était plus logique de renommer la sous-section 4.**
- **Les trois premiers articles ne sont pas modifiés.**
- **Une définition du contrat électronique est proposée à l'art. 1126-3 qui devient un article unique de définition.**
- **L'article 1126-4 reprend, en le modifiant, l'actuel article 1126-3. Les modifications sont de cinq ordres :**
 - **Référence à l'offre de contrat électronique.**
 - **Elargissement du champ d'application du texte à toute personne proposant des biens ou des services par la voie électronique :** le texte devient applicable même entre particuliers. Du fait de l'importance des contrats C2C conclus électroniquement, notamment par le biais de plateforme d'intermédiation (type *ebay* ou *blablacar*), il paraît important d'assurer un minimum de protection aux acheteurs et clients qui doivent avoir le droit d'accéder à des informations avant la conclusion du contrat.
Pour les contrats conclus électroniquement en dehors de site internet, l'article 1126-6 permet l'exclusion de ces dispositions qui peuvent être trop lourdes pour un particulier-offrant.
Pour les contrats conclus par le biais d'un site d'intermédiation (ce qui est courant en pratique), le respect des règles d'information s'imposera finalement, indirectement, au responsable du site intermédiaire qui devra conformer l'architecture de son site de manière à ce que ces règles puissent être respectées par ses utilisateurs (ces problématiques existent déjà relativement aux exigences du Code de la consommation ; ce sont les

responsables des sites d'intermédiation qui configurent l'architecture de leur site afin que les informations exigées de vendeurs ou de prestataires professionnels puissent être fournies).

- **Suppression du terme « invitation à entrer en négociation ».**
 - **Introduction d'une nouvelle information dans l'offre de contracter : les éléments d'identité de l'offrant, conformément aux exigences de l'art. 19 de la loi LCEN.** En effet, quelle que soit la qualité de l'offrant, professionnel ou consommateur, son cocontractant doit connaître tous les éléments d'identification du vendeur/prestataire de manière à pouvoir se retourner aisément contre lui en cas de difficultés d'exécution du contrat. Le défaut de possibilité d'identification du contractant est propre aux contrats électroniques et non à la qualité de l'offrant ; elle est imposée dans les contrats B2C par le Code de la consommation (en matière de contrat à distance) et doit l'être, pour les mêmes raisons d'éloignement physique, dans le Code civil au titre des contrats électroniques.
 - **Concernant la langue du contrat, une précision est apportée de manière à relier cette exigence avec celles de la loi Toubon de 1994.**
- **Les modifications proposées de l'article 1126-5, qui reprend l'actuel art. 1126-4, ont deux objets principaux :**
 - **clarifier les trois étapes de la conclusion du contrat : 1^{er} clic (1^{ère} acceptation), vérification et correction des erreurs, 2^{ème} clic (confirmation).**
 - **Suppression de la référence à l'invitation à entrer en négociation.**
 - **Les modifications apportées à l'article 1126-6, reprenant l'actuel article 1126-5, ont pour but d'éviter la lourdeur de ces obligations aux contrats conclus par courriers électroniques (donc sans le recours à un site internet d'intermédiation). Cet allègement des obligations d'information ne peut toutefois se justifier que lorsque l'auteur de l'offre n'est pas un professionnel.** Il est paru important de ne pas faire référence au consommateur, d'une part pour rester dans l'esprit général du Code civil et, d'autre part, pour laisser une plus grande latitude au juge dans le champ d'application des exclusions. Seule, cependant, **l'information sur l'identité de l'auteur de l'offre est conservée car elle paraît justifiée dans tous les cas d'éloignement physique des contractants.**
-

CHAPITRE II - LA FORMATION DU CONTRAT
SECTION 2 - La validité
Sous-section 1 – Le consentement

Sur la violence :

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
<i>« Art. 1142. – Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse. »</i>	<i>« Art. 1142. – Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement avantage excessif que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse. »</i>

Observations sur l'article 1142 :

- **Les conditions d'admission de la violence économique ne paraissent pas assez strictes.**

- Il n'est en effet pas précisé que l'auteur de celle-ci doit avoir retiré un profit ou un avantage excessif. Or, il ne semble pas que cette condition soit incluse dans la seule référence à l'abus.
- La condition de l'avantage ou du profit excessif figure dans les textes de droit européen.
- **PDEC, Article 4:109: Profit excessif ou avantage déloyal**

« (1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation,

(b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif.

(2) À la requête de la partie lésée, le tribunal peut, s'il le juge approprié, adapter le contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne foi.

(3) Le tribunal peut également, à la requête de la partie qui a reçu une notification d'annulation pour profit excessif ou avantage déloyal, adapter le contrat, pourvu que cette partie, dès qu'elle a reçu la notification en informe l'expéditeur avant que celui-ci n'ait agi en conséquence ».

- **DCFR, II 7:207: Exploitation déloyale**

« (1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation,

(b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a exploité la situation de la première partie en retirant du contrat un profit excessif ou un avantage manifestement déloyal

(2) À la requête de la partie lésée, le tribunal peut, s'il le juge approprié, adapter le contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne foi.

(3) Le tribunal peut également, à la requête de la partie qui a reçu une notification d'annulation pour exploitation déloyale, adapter le contrat, pourvu que cette partie en informe l'expéditeur sans retard excessif et avant que celui-ci n'ait agi sur la foi de celle-ci ».

○ **DCEV, art. 51 :**

« Une partie peut invoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion de celui-ci

(a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée et

(b) que l'autre partie le savait ou pouvait être présumée le savoir connaissance et que, à la lumière des circonstances et du but du contrat, elle a exploité la situation de la première partie en retirant du contrat un profit excessif ou un avantage déloyal ».

- **Il est également observé que les textes européens cités sont également plus larges sur l'état de faiblesse. Ainsi, la formulation du projet de réforme empêchera l'application du texte aux cas où la partie était ignorante ou inexpérimentée.**

Sur l'action en nullité et le délai butoir :

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
<p>« Art. 1143. – Le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé. Dans le cas d'erreur ou de dol, ce délai ne court que du jour où ils ont été découverts.</p> <p>« Néanmoins, l'action en nullité ne peut être exercée au-delà de vingt ans à compter du jour de la conclusion du contrat. »</p>	<p>« Art. 1143. – Le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé. Dans le cas d'erreur ou de dol, ce délai ne court que du jour où ils ont été découverts.</p> <p>« Néanmoins, l'action en nullité ne peut être exercée au-delà de vingt ans à compter du jour de la conclusion du contrat. »</p> <p>Variante</p> <p>« Art. 1143. – Le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé. Dans le cas d'erreur ou de dol, ce délai ne court que du jour où ils ont été découverts.</p> <p>« Néanmoins, l'action en nullité ne peut être exercée au-delà de vingt ans à compter du jour de la conclusion du contrat, sous réserve de l'application de l'article 2232 alinéa 2. »</p>

Observations sur l'article 1143 :

- **Il apparaît important de signaler que le rappel du délai butoir pourrait être interprété comme privant le justiciable des exceptions à ce délai, exceptions prévues notamment aux articles 2226 (préjudice corporel, torture, mineur etc.), 2227 (actions réelles immobilières), 2233 (condition, garantie, terme), 2236 (époux, PACS) et des textes sur l'état des personnes.**
- **Il est donc suggéré soit de supprimer le rappel du délai butoir, soit de renvoyer aux exceptions prévues par l'article 2232 alinéa 2 du Code civil.**

CHAPITRE II - LA FORMATION DU CONTRAT
SECTION 2 - La validité
Sous-section 3 – Le contenu du contrat

Sur la contrepartie convenue

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
« Art. 1167. – 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. »	« Art. 1167. – Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui l'intérêt poursuivi par celui qui s'engage est inexistant, illusoire ou dérisoire. <i>Si l'acte reste muet sur l'intérêt poursuivi, il faut considérer que ce dernier existe, à charge pour celui qui en contesterait la réalité de démontrer son inexistence.</i> »

Observations sur l'article 1167 :

La correction proposée par Judith Rochfeld, membre du groupe de travail et spécialiste de la cause, a pour objectif d'améliorer la rédaction et la compréhensibilité du texte qui apparaît en l'état actuel trop restrictif aux membres du groupe de travail. Il ne s'agit pas ici de revenir sur la question de la suppression de la « cause » d'autant que, sur cette question, les membres du groupe sont partagés, certains y étant hostiles, d'autres estimant que l'idée se retrouve derrière le concept de contrepartie.

Judith Rochfeld propose avec nuance les arguments suivants justifiant la nouvelle rédaction proposée.

- **Le texte peut paraître restrictif car il peut sembler enfermer l'appréciation de cette contrepartie dans un cadre contractuel synallagmatique. Il serait donc important de clarifier — ou d'avoir à l'esprit — que ne se trouve pas seulement visée la contrepartie d'un contrat mais qu'une contrepartie offerte antérieurement (prestation effectuée ou somme remise, comme dans l'hypothèse de promesses de payer pour une cause résidant dans l'extinction de la dette préexistante, que celle-ci soit contractuelle, légale, voire naturelle) ou postérieurement à un contrat (cas de certains avant-contrats tels que la promesse unilatérale de vente qui procure l'éventualité d'un contrat futur ou la promesse de prêt, ou, plus largement, de tout engagement pris sur le fondement de la certitude d'un autre engagement futur, V. Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 1988, Bull. civ. I, n° 352 ; D. 1989. Somm. 230, obs. Aubert), ou encore offerte par un autre contrat, peuvent être prises en considération. La Cour de cassation n'hésite pas rechercher la prestation antérieure ou postérieure qui donne son sens à l'engagement (V. par ex. Cass. civ. 3^e, 8 juin 2010, n° 09-14595).**

Elle lie plusieurs contrats pour déterminer une cause. Par exemple, le contrat de vente d'un terrain pour un prix négatif (avec reprise de dettes) est valable car il a pu être regardé comme indissociable de la vente de l'entreprise dont le propriétaire du terrain était actionnaire minoritaire : la vente du terrain formait

avec la vente de l'entreprise « *un tout indivisible* » et, « *permettant l'apurement des dettes et la poursuite de l'activité* », elle présentait un intérêt pour le vendeur « *tant à titre personnel pour éviter les poursuites de ses créanciers, qu'à titre d'actionnaire de la société venderesse des bâtiments dont il détenait avec son épouse près de la moitié des parts sociales* ». La contrepartie peut donc s'induire d'un autre contrat si tel est le montage contractuel des parties (Voir par ex. Cass. civ. 3^e, 3mars 1993, n° 91-15 ;613, publié au Bulletin : *Mais attendu qu'ayant souverainement retenu, par motifs propres et adoptés, que la v* »ente du terrain sur lequel était bâtie l'usine, pour le prix d'un franc, était une condition de réalisation de l'opération, cette vente ne pouvant être dissociée de celle des bâtiments et de la reprise des dettes de la société X... par la société Cerinco, l'ensemble concernant la vente de l'entreprise de briqueterie formant un tout indivisible, et que cette vente permettant l'apurement des dettes et la poursuite de l'activité, M. X... avait grand intérêt à sa réalisation, tant à titre personnel pour éviter les poursuites de ses créanciers, qu'à titre d'actionnaire de la société X... dont il détenait avec son épouse près de la moitié des parts sociales, la cour d'appel a pu en déduire que dans le cadre de l'économie générale du contrat, la vente du terrain était causée et avait une contrepartie réelle »).

- **Cet article semble par ailleurs centré sur le modèle-type des contrats synallagmatiques commutatifs qui affichent les contreparties attendues. Il peinera à embrasser les contrats unilatéraux et, surtout, les actes abstraits, d'une part (volontairement détachés de leur cause), et les actes qui ne disent pas leur cause (ils ne sont pas détachés de leur cause mais celle-ci n'est pas exposée dans l'acte, comme dans l'exemple d'une promesse de payer une somme d'argent). Il manque donc, *a minima*, une reprise de la substance de l'ancien article 1132 du Code civil, c'est-à-dire des règles de validité et de preuve d'actes, soit détachés de leur cause, soit n'exposant pas leur cause : rien ne dit, en l'état, qu'un acte qui ne dirait pas sa cause serait valable ; ni que des parties peuvent procéder à des actes abstraits. Or, en pratique des affaires ils sont nombreux, par exemple la garantie à première demande. En outre, la mondialisation du droit implique que l'on prenne en compte cette hypothèse, cf. la reconnaissance, en droit français, du caractère abstrait de créances détenues par un « agent des sûretés » (c'est-à-dire par une personne gérant des créances détachées de leur cause, qu'il fait valoir en son nom propre, dans l'intérêt d'un ensemble de créanciers), valable en droit américain (Cass. com. 13 sept. 2011, n° 10-25.53310-25.7310-25.908, Bull. civ. IV, n°201, Dalloz actualité, 21 sept. 2011, obs. Lienhard ; D. 2011. 2518, obs. d'Avout et Borga RTD com. 2011. 801, obs. VallensRTD civ. 2012. 113, obs. Fages).**
- **Le contrat de bienfaisance à titre gratuit n'est pas non plus régi.**
- **En définitive, il pourra résulter du texte proposé des difficultés d'application pour les hypothèses se situant en dehors des contrats synallagmatiques.**
- **Quid, par ailleurs et au sein de contrats présentés comme unilatéraux jusqu'alors, des contrats réels, à savoir le dépôt, le gage ou le prêt non consenti par un professionnel du crédit pour lesquels la cause de l'obligation de restituer de l'un réside en l'état de notre droit, non dans une contrepartie, mais dans la remise antérieure d'une chose par l'autre ? (Sur le fondement des articles 1875, 1892, 1919, 2071 du code civil ; cf. Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 1974, Bull. civ. I, n° 311. – 20 déc. 1994, n°92-21.317, Defrénois 1995, art. 36145.1040, obs. D. Mazeaud. – 16 févr. 1999, n° 96-16.093 : la seule remise de la chose suffit à constituer la cause, sans égard pour l'affectation de celle-ci. – Pour le dépôt, Cass. com. 30 janv. 2001, n° 97-17.784, Bull. civ. IV, n° 26 ; D. 2001. AJ 1238, obs. Delpech). On présume de la**

règle que leur caractère réel sort de notre droit, ce qui peut ne pas présenter d'inconvénient mais ce qu'il faut avoir à l'esprit.

- Enfin, à la lecture de l'article, on peut également se demander si l'appréciation qualitative de l'intérêt représenté par la contrepartie — la réalité de l'intérêt qu'elle représente — se trouve exclue, alors même que la jurisprudence a progressé en ce sens, cf. par exemple Cass. civ. 1^{re}, 5 juill. 2006, n° 04-12.588 Bull. civ. I, n° 358 qui relève que « la constatation de l'existence effective » d'une « justification » « restitue à la dette sa validité », et retient que « l'emprunteur conjoint » était « l'animateur principal de cette entreprise familiale, qu'il avait tiré profit de l'opération et qu'ainsi son obligation n'était pas sans contrepartie » (appréciation de la réalité de son intérêt au-delà de celle d'une contrepartie). Ce n'est pas automatiquement l'analyse que l'on peut inférer de l'article mais la question se pose.

En conclusion, le champ d'application pris en compte dans cet article — par le biais de la formulation de « contrepartie convenue », sans référence à des hypothèses hors « contreparties » immédiates — reflète un appauvrissement en terme de vocabulaire. La contrepartie est l'épiphénomène de l'intérêt du contrat.

- L'article évoque la contrepartie illusoire ou dérisoire mais non l'absence, l'inexistence de contrepartie. L'absence de contrepartie renvoie à l'absence de cause. Il serait donc utile d'ajouter à l'article l'hypothèse de l'inexistence. Bien que l'on puisse considérer que quelque chose d'illusoire est quelque chose qui n'existe pas, si la contrepartie a été illusoire, elle a donc existé dans l'illusion, qui marque un début d'existence pour l'une des parties.
- Dans le droit européen, l'absence de contrepartie est traitée sous l'angle de la lésion qualifiée. D'une part, les articles 4.109 des principes européens et II-7 :207 du Projet de Cadre commun de référence prévoient la sanction de la lésion subjective : ils autorisent une partie à « provoquer » la nullité, la rescision ou la révision du contrat lorsque le profit excessif ou l'avantage déloyal qui déséquilibre ce dernier est le produit d'un abus commis, sur le fondement d'une situation de dépendance économique ou intellectuelle, par son cocontractant (V. également l'article 30-3 de l'avant-projet de code européen des contrats). D'autre part, l'inefficacité des clauses particulières n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est prévue, dans le cas où celles-ci instilleraient dans le contrat « un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties » (PDEC, art. 4.110 ; avant-projet de code européen des contrats, art. 30-4 ; art. II-9 :409 DCFR).
- L'expression « au profit de celui qui s'engage » limite également l'application du texte. On hésite beaucoup, en effet, sur la « contrepartie » des engagements endossés dans les sûretés personnelles, à savoir les cautionnements et garanties à première demande : est-elle à rechercher dans les rapports du débiteur principal et de la caution (ou du garant à première demande) ? Dans ceux du débiteur principal et du créancier, c'est-à-dire dans « la contrepartie convenue au profit d'un tiers » (Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, 2006, LGDJ, n°s 648 s.) ou encore dans « tout avantage consenti par le créancier au débiteur principal et subordonné à la fourniture de cette sûreté » (Barthez et Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, 2010, LGDJ, n° 454) ? La Cour de cassation a tranché en ne faisant pas référence à une « contrepartie » (V. Cass. com. 8 nov. 1972, Lempereur, Bull. civ. IV, n° 278 ; D. 1973. 753, note Ph. Malaurie, énonçant que l'engagement de la caution tient en « la considération de l'obligation prise corrélativement par le [créancier] à savoir

l'ouverture de crédit [au débiteur principal] » – Com. 29 avr. 2002, n° 98-17.233. – V. cep. Com. 3 mai 2006, n° 05-11.229, inédit, évaluant « l'avantage réel » ainsi défini). Elle affirme, par ailleurs, que l'obligation du garant à première demande « est causé[e] dès lors que le donneur d'ordre a un intérêt économique à la conclusion du contrat de base, peu important qu'il n'y soit pas partie » (Com. 19 avr. 2005, n° 02-17.600. – *Adde*, pour une hypothèse voisine, Com. 27 oct. 2009, n° 08-10.391 inédit, relevant l'« intérêt personnel » d'un courtier à se porter ducroire, à savoir « soutenir le courant d'affaires » en question).

Sur la clause qui crée un déséquilibre significatif

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
<p>« Art. 1169. – Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.</p> <p>« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »</p>	<p>« Art. 1169. – Une clause <i>non négociée, au sens de l'article 1108, alinéa 2</i>, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.</p> <p>« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »</p> <p>Variante :</p> <p>Une clause, <i>préredigée par une partie et sur le contenu duquel l'autre partie n'a pas pu avoir d'influence</i>, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.</p> <p>« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »</p> <p>Variante :</p> <p>Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée, <i>si elle a été préredigée par une partie et si l'autre partie n'a pas pu avoir d'influence sur son contenu.</i></p> <p>« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »</p>

Observations sur l'article 1169 :

- **Les membres du groupe de travail s'accordent sur le fait que si le texte devait être maintenu (V. *infra*, la divergence sur l'opportunité du texte), il devrait être circonscrit au contrat d'adhésion tel que défini dans les propositions de corrections formulées sous l'article 1108, alinéa 2 (V. *supra*).**
 - D'une part, le critère de l'absence de négociation des stipulations est celui qui préside à l'extension de la protection des professionnels contre les clauses abusives dans les différentes codifications du droit européen des contrats.

Soit il est un critère d'application de la législation sur les clauses abusives quel que soit le contractant visé :

- **Principes Lando, Art. 4:110** : « *Clauses abusives qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle : (1) Une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elle crée à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion (...)* ». V. *Principes du droit européen du contrat*, SLC, coll. droit privé européen et droit comparé, vol. 2, 2003.
- **Principes de l'Acquis communautaire rédigés par le Groupe Acquis Communautaire**. ACQP, art. 6 :301: « *(2) Dans un contrat conclu entre professionnels, une clause qui n'a pas été individuellement négociée n'est considérée comme abusive que si l'usage de cette clause entraîne une distorsion manifeste par rapport aux bonnes pratiques commerciales* » *A term in a contract between business which has not been individually is considered unfair if using that term would grossly deviate from good commercial practice* ». V. *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contrat II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, 2009 (Traduction française sur le site <http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de>).

Soit il est un critère d'extension de la protection de la législation sur les clauses abusives aux professionnels, dans des textes qui n'érigent pas la négociation en critère de protection du consommateur.

- **Principes contractuels communs élaborés par l'Association Henri Capitant et la Société de Législation comparée**. Art. 4 :209 : « *(1) La clause qui, contrairement aux exigences de la bonne foi, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est nulle, ou peut être révisée à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée, lorsque : (a) elle n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle (b) ou que la loi protège spécialement ce contractant, notamment en raison de sa qualité de consommateur (...)* ». V. *Projet de cadre commun de référence - Principes contractuels communs*, Association Henri Capitant et Société de législation comparée, sous la direction de G. WICKER et J.-B. RACINE, Société de législation comparée.
- **Draft Common Frame of Reference. Article 9 :406** : « *Dans un contrat entre professionnels, une clause n'est abusive aux fins de la présente section, que si elle fait partie de clauses standardisées émanant de l'une des parties et qu'elle est de telle nature que son application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales contrairement aux exigences de la bonne foi* ». V. *Draft Common Frame of Reference*, par le *Study Group on a European Civil Code* et le *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, édité par Ch. Von Bar, Eric Clive et Hans Schulte-Nölke.

Enfin, la proposition de règlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011 (COM(2011) 635 final) opère une distinction entre le dispositif de protection contre les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs et

celui applicable aux contrats entre professionnels. Si les deux corps de dispositions sont applicables aux « *clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* » (DCEV, art. 7. 1), seul le consommateur bénéficie d'une présomption de non négociation de la clause litigieuse (DCEV, art. 3).

- **D'autre part, et même si cette hypothèse n'est pas encore d'actualité, et jugée non plausible par certains membres du groupe, une difficulté d'articulation entre le droit commun des contrats et le droit de la consommation se poserait si la Directive sur les clauses abusives du 5 avril 1993 devenait d'harmonisation totale.** La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs indique que, dans la perspective de réduire les entraves au marché intérieur, la Commission accordera « *une attention particulière aux possibilités accordées aux États membres de conserver ou d'introduire des dispositions nationales spécifiques, dans certains domaines de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives (...). Ce réexamen pourrait donner lieu à une proposition de la Commission visant à modifier la présente directive* » (62^{ème} consid.). Or la directive du 5 avril 1993 circonscrit le champ d'application de l'appréciation du caractère abusif aux clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle (Dir. 1993/13, art. 3. 1). Une harmonisation maximale de la directive, qui toutefois paraît difficile à mettre en œuvre étant donné le précédent échec de la proposition de directive cadre COM(2008) 614/4, devrait alors provoquer une modification du droit français de la consommation actuellement applicable aux clauses négociées (C. consom., art. L. 132-1, al. 4). Le droit commun national, tel qu'envisagé dans le projet d'article 1169 du Code civil, serait alors plus protecteur que le droit de la consommation.
- **Les membres du groupe de travail sont partagés sur l'opportunité du texte.**
 - Les membres défavorables au texte soulignent qu'il existe déjà des textes protégeant les contractants contre le déséquilibre significatif, soit dans les rapports *B to C*, soit dans les rapports *B to B*. Par exemple, les professionnels, sont déjà protégés par l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce. Cette disposition très efficace (et plus large puisqu'incluant le déséquilibre portant sur le prix) présente paradoxalement l'intérêt d'être méconnue par un grand nombre de praticiens étrangers, évitant ainsi l'effet repoussoir auquel aboutirait un texte inséré dans le Code civil. Le projet d'article 1169 nuirait donc à l'attractivité du droit français. Enfin, le projet de texte apparaît très attentatoire au principe de la liberté contractuelle.
 - Les membres favorables au texte soulignent qu'il présente un intérêt pour les professionnels exclus du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce, tels que les professionnels soumis à un code de déontologie, lequel écarte l'exercice de l'activité comme un commerce. Il permettrait aussi d'attirer dans son champ d'application les professionnels, indépendamment du point de savoir si le contrat litigieux a ou non un rapport direct avec leur activité.

II/ Propositions d'amélioration - Approbations

TITRE III - DES SOURCES D'OBLIGATIONS
SOUS-TITRE I - LE CONTRAT
CHAPITRE I - DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
<p>« Art. 1102. – 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.</p> <p>Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché. »</p>	<p>« Art. 1102. – 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.</p> <p>Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable <i>nécessaire à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché</i> légitime poursuivi. »</p> <p>Variante</p> <p>Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux <i>que dans la mesure nécessaire à la protection d'un intérêt sérieux et légitime.</i></p>

Observations sur l'alinéa 2 :

- Le plus important est de supprimer la restriction du champ d'application du texte aux droits et libertés fondamentaux « *reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées* » qui n'est pas fondée.
- Le groupe observe par ailleurs (même si c'est moins important) que **le terme « indispensable » n'est pas le terme usuel retenu dans le droit européen des droits de l'homme qui évoque plutôt le caractère « nécessaire »** de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux. Ainsi, la Convention EDH légitime les restrictions aux droits et libertés fondamentaux dès lors qu'il s'agit de « mesures nécessaires » à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. C'est pourquoi il est suggéré de reprendre le vocabulaire du droit européen, même s'il est probable que nécessaire et indispensable soient synonymes. Le groupe convient toutefois que le terme indispensable est employé par la Cour de cassation lorsqu'elle exerce un contrôle de proportionnalité pour justifier l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme à des relations contractuelles. Voir par exemple Soc. 12, janv. 1999, n° 96-40755, publié au bulletin (arrêt *Spileers*) : « Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que selon ce texte, toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché ».

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
« Art. 1109. – Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques essentielles de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution. »	« Art. 1109. – Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques essentiels de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution. »

Observations sur l'article 1109 :

- L'usage du terme essentiel ne présente que peu de pertinence au regard de la pratique, car les clauses du contrat-cadre sont en fait souvent accessoires et les clauses essentielles sont dans les contrats d'application.

CHAPITRE II - LA FORMATION DU CONTRAT
SECTION 1 - La conclusion du contrat
Sous-section 1 - Les négociations

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
<p>Sous-section 1 « Les négociations »</p> <p>« Art. 1111. – L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.</p> <p>« La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle.</p> <p>« Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu. »</p> <p>« Art. 1112. – Celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité extracontractuelle. »</p>	<p>Sous-Section 1 « Les négociations non contractualisées »</p> <p>« Art. 1111. – L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.</p> <p>« La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle-»</p> <p>« Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu. »</p> <p>« Art. 1112. – Celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité extracontractuelle. »</p>

	<p>Variante : Sous-Section 1 « les négociations »</p> <p>« Art. 1111. – <i>L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.</i> « <i>La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle.</i> « <i>Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu.</i> »</p> <p>Art. 1112. – <i>Celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l’occasion des négociations engage sa responsabilité extracontractuelle.</i> »</p>
--	--

Observation commune aux articles 1111 et 1112 :

Ces textes, puisqu’ils visent la responsabilité extracontractuelle, visent manifestement les négociations non contractualisées. Pour éviter toute difficulté d’interprétation, ce point devrait être précisé en ajoutant « non contractualisées » dans le titre de la sous-section 1.

Observations sur l’article 1111 alinéa 3 :

- Cet article qui maintient la jurisprudence *Manoukian* soulève des difficultés d’articulation avec le Règlement Rome n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II») puisque la solution française est plus intransigeante. **L’article 12 du Règlement Rome II laisse en effet la possibilité d’appliquer la loi du contrat** (V. Art. 12 «*“Culpa in contrahendo“* 1. *La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d’un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s’applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu* »).
- Cependant, il est vrai que cette possibilité existe en France si elle est prévue dans un contrat qui encadre la négociation c’est-à-dire dans le cas de négociations contractualisées.
- En revanche, le sens général du texte est approuvé en ce qu’il **permet d’envoyer un signal aux opérateurs étrangers** en leur montrant que la période pré-contractuelle est source d’engagements.

Observation sur l’article 1112 :

Il est suggéré, comme indiqué précédemment, de supprimer la référence à la nature « *extracontractuelle* » de la responsabilité dès lors que les négociations visées sont susceptibles d’englober celles qui sont contractualisées. Cette suppression n’a pas lieu d’être si a été ajoutée dans la sous-section 1 l’expression « non contractualisée ».

.....

CHAPITRE II - LA FORMATION DU CONTRAT
SECTION 1 - La conclusion du contrat
Sous-section 2 : L'offre et l'acceptation

Approbation des dispositions sur l'offre et l'acceptation (articles 1113 à 1123) :

Les textes sur la révocation de l'offre manifestent une conception du droit français plus libérale que ne l'est le droit européen. En effet, l'ensemble des textes prévoient que « *la révocation est sans effet si (b) l'offre fixe un délai déterminé pour son acceptation* » (PDEC, art. 2. 202 ; DCFR, II.-4.202 ; DCEV, art. 32. 3).

Il ne s'agit pas ici d'une critique mais d'une observation qu'il paraît opportun de garder à l'esprit dans la perspective des débats sur le droit européen des contrats.

L'article 1122 qui consacre la théorie de la réception est conforme au droit de l'UE (contrairement au *Common law* qui retient la théorie de l'émission).

- DCEV, art. 35
- PDEC, art. 2 :205
- DCFR, II. – 4.205

Ces textes prévoient en effet que si le destinataire de l'offre expédie son acceptation, le contrat est conclu lorsque celui-ci parvient à l'offrant.

.....

CHAPITRE II - LA FORMATION DU CONTRAT
SECTION 2 : La validité
Sous-section 1 : Le consentement

§ 2 – Le devoir d'information

Approbation de l'article 1129 sur le devoir d'information, qui est très bien rédigé, équilibré et dans la mouvance du droit européen.

.....

§ 3 – Les vices du consentement

Sur l'erreur :

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
<p>« Art. 1132. – <i>Les qualités essentielles de la prestation due sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.</i></p> <p>« <i>L'erreur est une cause de nullité relative, qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.</i></p>	<p>« Art. 1132. – <i>Les qualités essentielles de la prestation due sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté, fussent-ils de simples motifs.</i></p> <p>« <i>L'erreur est une cause de nullité relative, qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.</i></p>

<p>« Art. 1134. – L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.</p> <p>« Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité.</p>	<p>« Art. 1134. – L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.</p> <p>« Néanmoins L'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité.</p>
---	---

Approbation des dispositions sur l'erreur (articles 1130 à 1135) sous réserve d'une correction de l'article 1132 suggérée par un membre du groupe afin de concilier les articles 1132 et 1134. Il paraît en l'état difficile d'indiquer à la fois, à l'article 1132, que l'on peut essentialiser une qualité par convention même tacite et, à l'article 1134, préciser qu'un motif est étranger à la qualité essentielle alors que les parties en ont en fait expressément un élément déterminant.

.....

Sur le dol :

Approbation des dispositions (article 1130 et articles 1136 à 1138).

.....

<p>CHAPITRE II- LA FORMATION DU CONTRAT</p> <p>SECTION 2 - La validité</p> <p>Sous-section 3 – Le contenu du contrat</p>

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
<p>« Art. 1161. – Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. »</p> <p>« Art. 1162. – L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.</p> <p>« Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.</p> <p>« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties. »</p>	<p>« Art. 1161. – Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.</p> <p><i>Le contrat ne peut porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux sous réserve des exceptions posées à l'article 1102 alinéa 2.»</i></p>

- Il est suggéré de concilier l'article 1161 relatif à la conformité du contrat à l'ordre public avec l'article 1102 alinéa 2 qui ajoute à l'ordre public, les droits et libertés fondamentaux.
- Le choix d'ordre terminologique consistant à utiliser le terme « contenu » dans l'article 1161 et objet dans l'article 1162 est-il voulu ?
- Le terme « contenu » manque de précision. Le groupe s'est interrogé sur le point de savoir s'il vise les clauses illicites, s'il désigne l'objet du contrat, là où le terme « objet » utilisé dans le texte 1162 désignerait l'objet de l'obligation. De manière générale, il apparaît inopportun d'utiliser des termes différents pour viser le même concept. Cela ne peut que créer des difficultés d'interprétation ultérieures.

.....

CHAPITRE II- LA FORMATION DU CONTRAT
SECTION 2 - La validité
Sous-section 3 – Le contenu du contrat

Sur la fixation unilatérale du prix

TEXTE DU PROJET DE REFORME	SUGGESTION
<p>« Art. 1163. – Dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation.</p> <p>« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. »</p>	<p>« Art. 1163. – Dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que, sauf dispositions légales particulières, le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation.</p> <p>« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. »</p>

Observations sur l'article 1163 :

- Il est suggéré de rappeler la limite des dispositions légales particulières interdisant la fixation unilatérale du prix posée par la jurisprudence sur l'indétermination du prix (Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578). Certes, la jurisprudence pourra faire usage de l'adage « *specialia generalibus derogant...* ». Cependant, le souci de sécurité juridique qui anime la présente réforme justifierait une telle précision.
- Il est observé que l'application du texte aux contrats à exécution successive est plus large que la portée des arrêts de l'assemblée plénière.
- Enfin, il est signalé que certains membres du groupe souhaiteraient une généralisation de la fixation unilatérale d'une part hors contrat cadre, et, d'autre part, au delà du prix, de façon à englober d'autres éléments du contenu de la prestation. Il conviendrait alors de rappeler la limite de l'abus dans la fixation de ces éléments. Une formulation du type « *Il peut être convenu que, sauf dispositions légales*

particulières, le prix ou l'un des éléments du contenu de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle de ne pas les fixer abusivement » pourrait alors être envisagée.

*