



Marchés privés Extension du domaine des clauses abusives : négociez!

Les conséquences de la réforme du droit des contrats doivent être prises en compte dans la conclusion de ceux concernant la construction.

Par **Julie Gomez-Balat**, avocate au barreau de Paris, chargée d'enseignement à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Le droit des contrats a été réformé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 applicable aux contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016. S'inscrivant dans un mouvement général de lutte contre les clauses créant un déséquilibre contractuel (1), le nouvel article 1171 du Code civil consacre l'entrée des clauses abusives dans le droit commun des contrats.

Les clauses abusives avant la réforme

Droit de la consommation principalement. Jusqu'au 30 septembre 2016, la notion de clauses abusives renvoyait avant tout au droit de la consommation et au mécanisme figurant aux articles L. 212-1 et suivants du Code de la consommation. L'article L. 212-1 prévoit que, « dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». En écho, les articles R. 212-1 et suivants du même code contiennent des listes de clauses présumées abusives.

Ainsi, les clauses instituant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à un contrat entre un professionnel et un consommateur ou non-professionnel sont depuis longtemps réputées non écrites, la clause disparaissant tout en laissant survivre le contrat. Les contrats de construction n'échappaient pas à ce dispositif protecteur (2). C'est ainsi que la jurisprudence s'est prononcée sur le caractère abusif de clauses en matière de vente en l'état futur d'achèvement (Vefa) [clauses de suspension légitime de délai - Cass. 3^e civ., 24 octobre 2012, n° 11-17800]; de contrat de construction de maisons individuelles (clause définissant la réception - Cass. 3^e civ., 6 mai 2015, n° 13-24947); de contrat de contrôle technique (clause limitative de responsabilité - Cass. 3^e civ., 4 février 2016, n° 14-29347).

Droit commercial également. Les clauses abusives renvoyaient aussi, avant la réforme, au mécanisme plus méconnu fixé par l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce. Celui-ci prévoit qu'engage sa responsabilité civile le professionnel qui soumet ou tente de soumettre un partenaire commercial à des

obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Contrairement au droit de la consommation, la présence d'une clause abusive est ici sanctionnée par la responsabilité civile de son auteur, lequel peut être condamné à verser des dommages et intérêts à son cocontractant.

Les clauses abusives après la réforme

Si la réforme a maintenu intacts les deux mécanismes spécifiques décrits ci-dessus, elle y a ajouté un troisième mécanisme, concernant le droit commun des contrats. Le nouvel article 1171, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose en effet 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 ».

Que cela signifie-t-il ? Que désormais, peuvent être réputées non écrites toutes les clauses instaurant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, pourvu seulement que l'on se trouve dans un contrat d'adhésion. Celui-ci est défini par la loi 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). Ainsi, faute de négociation des conditions générales, tout contrat est désormais soumis au contrôle des clauses abusives.

S'agissant des critères du déséquilibre significatif, les juges pourraient être tentés de s'inspirer des listes de clauses du Code de la consommation et de la jurisprudence fournie déjà rendue dans ce domaine, même si rien ne leur en fait obligation.

De nombreux contrats d'adhésion

Rares sont en pratique les contrats de construction dont les conditions générales sont véritablement négociées entre les parties. Parmi d'autres (3), la pratique des appels d'offres privés pour la passation des marchés de travaux en est une illustration. Les entreprises candidates s'y trouvent le plus souvent tenues d'accepter sans réserve l'ensemble des documents contractuels établis par le maître d'ouvrage. Au-delà de cet exemple, tous les contrats de construction non négociés sont donc désormais susceptibles d'être concernés par le contrôle des clauses abusives.

Articuler les différents mécanismes de clauses abusives

Dans les cas où le contrat de construction relèvera, en raison de la qualité des parties, du droit de la consommation, le mécanisme spécial des articles L. 212-1 et suivants du Code de la consommation devrait continuer à s'appliquer, certainement de manière exclusive, dans la mesure où le mécanisme consommériste et le mécanisme civiliste se recoupent presque entièrement. Et ce, en application du nouvel article 1105 du Code civil, selon lequel les règles générales ne s'appliquent que sous réserve des règles particulières ayant le même objet.

Il en ira probablement différemment du mécanisme de droit commercial : dans la mesure où les sanctions et les objectifs poursuivis ne sont pas les mêmes en droit commercial et en droit commun, il n'est en effet pas à exclure que les contractants soient fondés à demander cumulativement une indemnité (Code de commerce) et le « réputé non-écrit » de la clause litigieuse (Code civil) [4].

Anticiper le contrôle des clauses abusives

Depuis l'entrée en vigueur de la réforme, le spectre des clauses abusives plane ainsi sur l'ensemble des contrats de construction, y compris entre professionnels. Que penser par exemple des clauses relatives au marché à forfait de l'article 1793 du Code civil, protectrices du maître d'ouvrage, ou encore des règles de paiement instituées par la norme Afnor NF PO3-001 (cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés privés de travaux qui s'y réfèrent), et cette fois protectrices de l'entrepreneur (5) ?

Il conviendra donc d'être particulièrement vigilant lors de la rédaction des contrats afin de tendre au mieux à l'équilibre contractuel recherché par la législation des clauses abusives. En tout état de cause, la tenue de véritables négociations en amont de la conclusion des contrats (et leur formalisation par un écrit préconstitué !) constituera sans aucun doute le moyen le plus efficace de sécuriser les marchés. ●

(1) Voir également en ce sens le nouvel article 1170 du Code civil, qui dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

(2) « Les contrats de construction et le droit de la consommation », *Matthieu Poumarède, RDI 2017, n°1, p. 8.*

(3) *Autres exemples : contrats de Vefa, contrats de maîtrise d'œuvre souvent empruntés au contrat-type de l'Ordre des architectes, contrats de fourniture de matériaux, etc.*

(4) « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », *Xavier Lagarde, Recueil Dalloz 2016, n° 37, p. 2174.*

(5) *Une clause reprenant le mécanisme de l'article 1793 du Code civil ne semble toutefois pas pouvoir être qualifiée d'abusives dans la mesure où elle aura été stipulée en application de dispositions légales (Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11211) ; il en ira peut-être différemment des règles de la norme dont il a été jugé qu'elles ne pouvaient prévaloir sur des dispositions d'ordre public (Cass. 3^e civ., 11 mai 2006, n° 04-18092 ; Cass. 3^e civ., 24 mars 2009, n° 08-12768).*

Ce qu'il faut retenir

► Alors que jusqu'ici, le mécanisme des clauses abusives concernait principalement le droit de la consommation et le droit commercial, la réforme du droit des contrats applicable depuis le 1^{er} octobre 2016 a étendu ce dispositif au droit commun des contrats.

► A partir du moment où ils n'auront pas été véritablement négociés entre les parties, tous les contrats de construction sont désormais susceptibles d'être concernés par le contrôle des clauses abusives et par la sanction du « réputé non-écrit ». C'est ce qui résulte du nouvel article 1171 du Code civil.

► Il convient donc de redoubler de vigilance dans la rédaction et le processus de conclusion des contrats de construction, particulièrement entre professionnels. Le meilleur moyen de se protéger contre les risques liés au caractère abusif de certaines clauses reste sans aucun doute la tenue de (véritables !) négociations entre les cocontractants.