

Le bail commercial est-il un contrat d'adhésion ?

Suite de la page 2

trés habituellement dans les baux de centres commerciaux, dont on peut douter du caractère essentiel dès lors qu'elles sont validées, depuis plus de trente ans, par la jurisprudence de la Cour de cassation. A titre d'exemple, on citera la clause relative à l'absence d'obligation du bailleur en matière de maintien d'un environnement commercial favorable au preneur ; l'obligation du bailleur ne relevant à ce titre que d'une obligation de moyens, celui-ci

n'ayant, par ailleurs, pas plus d'obligation qu'un bailleur d'un local de pied d'immeuble.

Enfin et pour conclure, il convient de rappeler qu'un bail commercial est un contrat spécifique, relevant du droit des affaires, dans lequel le preneur bénéficie déjà d'une protection considérable, notamment en raison des dispositions statutaires modifiées récemment par la loi Pinel.

La protection législative du preneur atteint aujourd'hui un tel niveau qu'il paraît excessif d'évoquer même l'idée qu'un déséquilibre significatif, au préjudice du preneur, pourrait exister, à supposer même que le bail commercial puisse être considéré comme un contrat d'adhésion.

En effet, même si théoriquement l'article 1171 nouveau du Code civil a vocation à s'appliquer

aux règles de droit commun des baux commerciaux, encore faudra-t-il démontrer que celui-ci constitue un contrat d'adhésion, ce qui est loin d'être démontré ; il sera, en toute hypothèse, extrêmement délicat pour les parties au contrat de démontrer qu'il existerait un déséquilibre significatif plus spécifiquement au préjudice du preneur qui bénéficie déjà d'une protection renforcée de son fonds de commerce.

TRIBUNE LIBRE

Réforme du droit des obligations et des baux commerciaux BONNE FOI, CONTRAT D'ADHÉSION ET IMPRÉVISION : LE CHANGEMENT C'EST MAINTENANT ?

La présente note n'a pas pour objet visiter les incidences potentielles sur le bail commercial de chacun des quelques 332 nouveaux articles du Code civil, mais modestement de tenter de discerner les effets concrets que trois dispositifs «phare» de la réforme pourraient exercer, ou ne pas exercer, sur les baux conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} octobre 2016. Elle rend compte d'une intervention réalisée au Forum des Sites organisé par la magazine «Sites Commerciaux» le 31 janvier 2017.

Par M^e David Pinet, avocat à la cour (Lebray&Associés)

Quelles conséquences attendre du renforcement de l'exigence de bonne foi lors des négociations précontractuelles ? Le bail commercial peut-il être qualifié de «contrat d'adhésion», ce qui priverait d'effet utile les clauses du bail créant un «déséquilibre significatif» ? Un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du bail peut-il permettre une renégociation forcée du bail et son adaptation par les parties ou par le juge ?

Autant de questions qui ont d'ores et déjà fait couler beaucoup d'encre et généré de nombreuses controverses, notamment au sein de L'Argus de L'Enseigne («Révolution ou simple mise à jour : une réforme du droit des contrats bien difficile à lire !», H.B. & Associés, Novembre 2016). Ces dispositifs ont en effet suscité de nombreuses réactions, tant du côté des bailleurs et que de celui des preneurs, souvent polémiques, parfois partisans, à raison des incidences qu'elles pourraient exercer sur l'équilibre économique originel du bail.

Comme à l'accoutumée, les tribunaux mettront un temps certain à préciser le champ d'application concret de chacun de ces trois concepts en matière de bail commercial, et à l'heure où ces lignes sont publiées, le champ des possibles reste particulièrement vaste. On est néanmoins en droit de s'interroger sur le point de savoir si, à la lecture des textes concernés, il est raisonnable de s'attendre à un quelconque bouleversement...

Avant de se perdre en conjectures, on rappellera que la réforme du droit des obligations qui procède de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 n'est applicable, à quelques exceptions près, qu'aux «contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016».

L'ensemble des baux en cours au 30 septembre 2016 continueront donc à être régis par le régime antérieur, et même si quelques opinions divergentes ont pu être émises, il est probable que les parties aux baux concernés ne pourront revendiquer le bénéfice des dispositions nouvelles aussi longtemps que ceux-ci n'auront pas été renouvelés. Le changement, si changement il y a, ne sera donc pas pour maintenant les concernant.

Qu'en est-il en revanche des baux dont la date d'effet, qu'il s'agisse d'un nouveau bail ou d'un bail renouvelé, est postérieure au 30 septembre 2016 ?

1. Un renforcement de l'exigence de «bonne foi» lors de la négociation du bail ?

L'exigence de bonne foi au stade de l'exécution du bail n'est pas nouvelle, loin s'en faut, les conventions devant être «exécutées de bonne foi» au sens de l'ancien article 1134 alinéa 3 – et une abondante jurisprudence s'est développée au fil des ans sur ce fondement en matière de bail commercial pour sanctionner, par exemple, la mise en œuvre de mauvaise foi des clauses résolutoires, ou encore le congé avec dérogation du droit au statut délivré peu après la cession d'un fonds de commerce, lorsque le cessionnaire n'a par définition pas encore pu faire immatriculer le fonds qu'il vient d'acquérir.

1. L'un des mérites de la réforme du droit des obligations est d'avoir renforcé explicitement cette exigence de bonne foi en l'étendant explicitement à la négociation et à la formation du contrat, tout en soulignant qu'il s'agit d'une exigence qui relève de l'ordre public, auquel nul ne peut déroger.

Le nouvel article 1104 du Code civil énonce ainsi que «Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public», tandis que le nouvel article 1112 souligne que «l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles (...) doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi».

Ce faisant, la réforme du droit des obligations a consacré en droit positif des solutions qui avaient déjà été dégagées par les tribunaux, et les Cassandre diront sans doute que cette innovation n'en est pas une, et ne modifiera pas le périmètre des droits et obligations du preneur et du bailleur au stade de la négociation et de la formation du bail, ou si peu. On peut toutefois espérer que l'avènement en droit positif de ces dispositions relativement claires, même si la notion de bonne foi n'est pas définie, permettra de sanctionner plus aisément les agissements précontractuels manifestement empreints de mauvaise foi,

qu'ils soient le fait du preneur ou du bailleur, consistant par exemple, pour les preneurs, à dissimuler sciemment aux bailleurs une information importante ne rentrant pas dans le champ du nouvel article 1112-1, ou pour les bailleurs, à détourner de leur objectif premier les lettres d'intention et autres documents «sans valeur contractuelle» énonçant les principales clauses et conditions du bail en devenant, dans le seul objectif d'obtenir un loyer plus élevé d'une enseigne concurrente...

Dans le même temps, le nouvel article 1112-2 du Code civil devrait permettre de lutter plus efficacement contre la diffusion «sauvage» d'informations confidentielles obtenues dans le cadre des pourparlers, en énonçant que «celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun». La mise en cause de la responsabilité du cocontractant indélicat restera toutefois un exercice périlleux et semé d'embûches à raison de la conjonction de différents facteurs : la preuve de la mauvaise foi reste difficile à apporter, et le préjudice est souvent difficilement quantifiable.

2. Le nouvel article 1112-1 du Code civil parachève l'édifice et marque sans doute une avancée plus significative en consacrant, par-delà les déclinaisons du principe de bonne foi qui précèdent, une obligation générale d'information précontractuelle : «Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant (...). Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties». Il s'agit d'une disposition d'ordre public, dont la violation peut entraîner l'annulation du contrat, ce qui garantit son efficacité. Voilà une avancée remarquable et remarquable.

Dans la matière qui nous concerne, précisons deemblée que ce devoir d'information ne porte pas «sur l'estimation de la valeur de la prestation», donc sur le loyer et les composantes de ce dernier. Au rang des certitudes, on

peut donc affirmer sans grand risque que cet article ne pourra être invoqué par un locataire qui estime *a posteriori* que le loyer contractuel convenu excède la valeur de marché, ou découvre ne pas avoir bénéficié de mesures d'accompagnement aussi intéressantes que certains de ses concurrents.

Pour le reste, le nouvel article 1112-1 reste assurément moins «dirigiste» que le devoir d'information précontractuel résultant de la loi «Doubin» codifiée à l'article L. 330-3 du Code de commerce, en cas de mise à disposition d'un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant (...) un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité». Le nouvel article 1112-1 ne définit en effet pas la nature des informations devant être spontanément communiquées.

On voit cependant immédiatement les applications que ce nouvel article pourrait connaître en matière de baux, tout particulièrement vis-à-vis des bailleurs de centres commerciaux qui ont connaissance d'informations importantes que le preneur en devenant peut difficilement appréhender par ses propres moyens, telles que par exemple l'existence d'un recours contre l'autorisation d'urbanisme d'un centre en état futur d'achèvement, l'existence d'une prochaine campagne de rénovation appelée à lourdement peser sur les charges locatives, ou encore, plus simplement, lorsque le preneur est destinataire d'un prévisionnel de charges locatives exagérément optimiste.

Sur ce dernier plan, le nouvel article 1112-1 vient donc utilement compléter la protection offerte par l'article L. 145-40-2 issu de la loi dite «Pinel» du 18 juin 2014, imposant la transmission d'un «état prévisionnel des travaux (...) assorti d'un budget prévisionnel». Les contours de l'obligation spécifique de ce bailleur particulier restent cependant à préciser : la communication d'un plan merchandising du centre faisant état d'un «mix-enseignes» erroné, la non-divulgaration du départ imminent de certaines «locomotives» relèvent-elles des informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ? L'avenir le dira.

Suite page 6

Bonne foi, contrat d'adhésion et imprévision : le changement c'est maintenant ?

Suite de la page 4

Les bailleurs de locaux situés en pied d'immeuble auraient tort de ne pas se sentir concernés, par exemple en cas de servitude d'alignement ou de prochains travaux de voirie modifiant durablement les flux, les accès ou le stationnement, mais sous la même réserve : de telles informations ont-elles un «lien direct et nécessaire [de l'information] avec le contenu du contrat» ?

Il appartiendra aux tribunaux de trancher.

Il serait tout aussi erroné de considérer que les preneurs seraient exonérés de toute obligation sur le fondement de ce texte, et l'existence de difficultés financières ou d'une probable procédure collective pourrait fort bien être assimilée à une information déterminante de la volonté du bailleur de contracter, ayant un lien direct avec la qualité du preneur.

On ne niera cependant pas que le nouvel article 1112-1 constitue avant tout une menace pour les bailleurs, et les rédacteurs d'acte en ont parfaitement conscience. Aussi a-t-on vu fleurir depuis l'automne 2016 au sein des baux «type» des principaux acteurs des clauses visant à prévenir toute action en responsabilité, aux termes desquelles le preneur certifie en substance «avoir été destinataire de l'ensemble de la documentation et des informations dont il a sollicité la communication en relation avec les lieux loués», ou encore «avoir pu librement interroger le bailleur et obtenir les réponses souhaitées de ce dernier», se déclarant en conséquence «en mesure de signer le bail après avoir pris connaissance de l'ensemble des informations déterminantes de sa volonté de contracter». Reste à savoir si de telles clauses auront un quelconque effet utile, ce dont on peut légitimement douter.

Quoiqu'il en soit, de nombreuses zones d'ombre subsistent quant au champ d'application de l'article 1112-1 et le domaine du bail commercial n'y fait pas exception. Il appartiendra donc aux tribunaux de préciser, en la matière, quelles sont les informations par nature «déterminantes du consentement» du bailleur et du preneur, mais également, pour ne pas dire surtout, quelles informations peuvent être réputées «avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu du bail».

II. «Contrat d'adhésion» et «déséquilibre significatif» : quelles applications pour le bail commercial ?

1. Le nouvel article 1110 du Code civil définit le «contrat d'adhésion» comme étant celui «dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties», avant que les nouveaux articles 1190 et 1171 ne viennent préciser les conséquences qui s'attachent à une telle qualification : une interprétation du contrat en faveur de la partie présumée faible, et l'interdiction dans de tels contrats de clauses créant un déséquilibre significatif.

Rappelons donc que le fait d'instaurer un «déséquilibre» au sein d'un bail n'est *per se* pas prohibé par ce nouveau corpus de règles, ou nécessairement de nature à engager la responsabilité de la partie qui bénéficie du déséquilibre. Encore faut-il que le contrat litigieux soit préalablement qualifié de «contrat d'adhésion», et que le déséquilibre soit «significatif». Et ce sont là que les difficultés commencent...

Le nouveau dispositif issu des articles 1110 et 1171 du Code civil est en effet sensiblement plus restrictif que ne l'est, en matière de droit commercial, celui de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce : là où le premier

requiert que soit rapportée en amont la preuve de l'existence d'un contrat d'adhésion, avant de stigmatiser d'éventuels déséquilibres significatifs, le second engage sans filtre préalable la responsabilité de celui qui «soumet ou tente de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties».

L'applicabilité de l'article L. 442-6 I 2° aux relations ancrées sur un bail commercial n'ayant à ce jour jamais été reconnue, même si la question peut être discutée, il faut donc de prime abord s'interroger quant au point de savoir si le bail commercial peut être qualifié de «contrat d'adhésion», avant, dans l'affirmative, de se pencher sur l'épineuse problématique de la caractérisation d'un déséquilibre significatif.

2. Les baux commerciaux «type» proposés par les exploitants de centres commerciaux, et plus généralement les investisseurs institutionnels, sont-ils des «contrats d'adhésion» ?

Le débat est vif, et certains auteurs n'ont pas attendu la réforme du droit des obligations pour soutenir que les baux «institutionnels» constituaient des contrats d'adhésion, au motif que les principales clauses de ces derniers étaient «non-négociables», et notamment celles imposant un loyer binaire, permettant lui-même de circonvenir un certain nombre de dispositions du statut des baux commerciaux jugées peu favorables aux propriétaires.

Le texte du nouvel article 1110 du Code civil présente à tout le moins le mérite de revisiter le débat sous un jour nouveau, en conditionnant la qualification de contrat d'adhésion à la satisfaction de deux critères cumulatifs : l'existence de «conditions générales», et le fait que ces dernières soient «soustraites à la négociation», ayant été «déterminées à l'avance par l'une des parties».

Si l'utilisation de conditions générales constitue un usage assez largement répandu au sein de nombreuses foncières, peut-on pour autant affirmer qu'en pratique, ces conditions générales sont «soustraites à la négociation», c'est-à-dire non négociables ?

La pratique montre que les preneurs, qu'il s'agisse de commerçants indépendants ou d'enseignes nationales, disposent le plus souvent de la faculté de négocier certaines clauses et de déroger aux conditions générales du bail. L'ampleur de ces dérogations est certes à géométrie variable, et proportionnelle au «pouvoir de négociation» du preneur qui dépend lui-même de nombreux critères (attractivité de la marque, maillage du réseau, etc.), mais il faut bien admettre que la négociation reste, dans la vaste majorité des cas, possible, même si elle n'affecte que marginalement l'économie des conditions générales.

On peut de ce fait estimer que la formation du bail s'inscrit dans un schéma foncièrement différent de celui qui préside par exemple à la formation des relations que les consommateurs nouent avec des réseaux sociaux, ou des distributeurs de biens de consommation courante, relations dans lesquelles toute négociation est intrinsèquement impossible. Le consommateur accepte les conditions générales reproduites aux dos des factures, ou renonce à acheter. Il clique l'icône «j'accepte» des conditions générales d'utilisation d'un réseau social en ligne, ou renonce à en devenir membre.

Ce constat conduit objectivement à douter

qu'un bail commercial puisse, sauf exception, être qualifié de «contrat d'adhésion» au sens de l'article 1110 du Code civil, auquel cas la guerre du déséquilibre significatif n'aura pas lieu...

Comme si la marche n'était pas suffisamment haute, les principaux bailleurs institutionnels ont de surcroît adapté leurs pratiques contractuelles, tantôt en énonçant au sein du bail qu'il a été «librement négocié», voire en supprimant les conditions générales, tantôt en identifiant, au sein même du bail, les dates des principales réunions de négociation qui ont conduit à sa conclusion, et/ou les projets successifs qui ont été établis. Si le premier artifice risque fort de ne pas produire les effets escomptés, le second est habile, puisqu'il permet au bailleur de mettre en exergue le caractère négociable et négocié du bail, et d'en conserver la preuve.

En définitive, et de manière assez paradoxale, les bailleurs qui risquent sans doute le plus une requalification du bail en «contrat d'adhésion» ne seront pas les principaux acteurs du marché, mais certains petits propriétaires ayant noué des relations locatives avec un locataire sur le fondement d'une formule pré-imprimée acquise dans le commerce, d'un héritier du «bail Tissot».

Plus généralement, même s'il faut se garder de toute conclusion hâtive, on peut penser que les baux commerciaux ne seront pas réputés constituer des contrats d'adhésion, sauf cas de figure exceptionnel, ce qui présentera l'inconvénient, ou le mérite, selon la position que l'on défend, d'éviter tout débat sur l'existence et la sanction d'éventuels «déséquilibres significatifs»...

3. Si l'on part cependant du postulat suivant lequel certains baux pourraient être qualifiés de «contrats d'adhésion», une telle qualification pourrait exercer une incidence sur les droits et obligations des parties au cours du bail et de ses renouvellements, et ce pour deux motifs.

D'abord, le nouvel article 1190 du Code civil énonce que «Dans le doute (...) le contrat d'adhésion (s'interprète) contre celui qui l'a proposé», ce qui favoriserait donc les preneurs.

Ensuite, le nouvel article 1171 du Code civil permet désormais d'exclure de la convention des parties les stipulations contractuelles générant un déséquilibre significatif, à la seule condition que de tels déséquilibres ne portent ni sur l'objet du contrat, ni sur le prix convenu : «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».

A l'instar du dispositif du nouvel article 1112-1 en matière d'information précontractuelle, le nouvel article 1171 exclut ainsi du champ des déséquilibres prohibés «l'adéquation du prix de la prestation», et par voie de conséquence le loyer et les composantes de ce dernier. Comme précédemment, le preneur ne pourra donc se servir de cet outil pour tenter de remettre en cause un loyer jugé excessif.

Passé ce premier constat, la rédaction du nouvel article 1171 suscite d'avantage d'interrogations qu'elle n'apporte de réponses au regard de l'économie d'un bail commercial. S'il est acquis que le déséquilibre prohibé ne peut

porter sur le loyer, soulignons que celui-ci ne peut pas non plus porter sur «l'objet principal du contrat», ce qui laisse à penser qu'il ne pourrait donc pas non plus porter sur la délivrance de la chose louée au sens de l'article 1719 du Code civil. Cela semble logique, dans la mesure où il est difficile d'imaginer que l'obligation de délivrance qui pèse sur le bailleur puisse être *per se* à l'origine d'un déséquilibre.

Quels déséquilibres pourraient de ce fait être potentiellement sanctionnés sur le fondement du nouvel article 1171 ?

De nombreux types de clauses, de d'aucuns estiment intrinsèquement déséquilibrées, ont d'ores et déjà été pointées du doigt, telles que notamment les clauses permettant de modifier la consistance des locaux en cours de bail, les clauses imposant une majoration de loyer en cas de cession de fonds de commerce, les clauses permettant au bailleur de modifier unilatéralement certaines obligations du preneur (horaires d'ouverture, règlement intérieur, etc.), les clauses de non-responsabilité en cas de désertification d'un ensemble commercial, ou encore les clauses obligeant le preneur à se maintenir au sein des lieux loués dans l'attente de la fixation de l'indemnité d'éviction ayant vocation à lui revenir.

A en croire les pourfendeurs des clauses précitées, le déséquilibre résiderait en quelque sorte dans l'asymétrie des droits et obligations des parties, de dans le caractère atypique, «hors-marché», de tels mécanismes contractuels. C'est possible.

Reste néanmoins, là encore, de nombreuses zones d'ombre : la notion de «déséquilibre», *a fortiori* suffisamment marqué pour présenter un caractère «significatif» est par essence d'une grande subjectivité. Les clauses précitées, aussi asymétriques soient-elles, seront-elles considérées par les tribunaux comme étant «simplement déséquilibrées», de sorte qu'elles resteraient licites, ou «manifestement déséquilibrées», ce qui les condamnerait ?

Il est impossible de disposer de quelques certitudes sur ce terrain, qui fera la part belle à l'interprétation souveraine, voire dissonante, des juges du fond, comme c'est parfois le cas lors de l'analyse des clauses pénales : la ligne de partage des eaux entre le «simple déséquilibre» et le «déséquilibre prononcé», entre «l'excès» et le «manifestement excessif» reste floue et relève bien souvent de l'art divinatoire.

Par-delà cette difficulté, à supposer établi le caractère «significativement déséquilibré» de la clause d'un bail, faut-il considérer que la clause doit être réputée non-écrite dans son ensemble, comme la jurisprudence tend à le considérer s'agissant des clauses d'indexation «à la hausse uniquement», ou *a contrario* que seule la portion déséquilibrée de la clause doit être expurgée du champ contractuel ? Faut-il juger du déséquilibre en isolant la clause litigieuse de son contexte, ou *a contrario* considérer qu'elle peut être compensée, voire «rachetée», par un bail globalement équilibré ?

Autant de questions qui laissent à penser que l'impact de la réforme du droit des obligations sur les baux commerciaux en matière de sanction des déséquilibres significatifs, qui pré suppose la requalification préalable du bail en contrat d'adhésion, est loin d'être évident.

Suite page 8

Bonne foi, contrat d'adhésion et imprévision : le changement c'est maintenant ?

Suite de la page 6

III. L'imprévision ou la renégociation forcée du bail en cas de «coup dur» ?

1. L'un des principes fondamentaux du droit privé a jusqu'alors été celui de l'intangibilité des contrats faisant la loi des parties, de sorte que sauf disposition légale ou conventionnelle particulière, aucun cocontractant ne pouvait unilatéralement «forcer» une renégociation, même en alléguant des circonstances, notamment économiques, imprévues et imprévisibles lors de la conclusion du contrat.

Le statut des baux commerciaux atténue quelque peu la rigueur de ce principe, puisqu'il contient précisément depuis longue date différents mécanismes permettant d'adapter le loyer en cours bail en cas de modification de certains paramètres économiques. On songe notamment aux dispositions de l'article L. 145-38 permettant de provoquer en cours de bail la révision du loyer à la valeur locative «en cas de modification notable des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative», ou encore au dispositif de l'article L. 145-39 permettant également de réviser le loyer en cours de bail lorsque ce dernier se trouve, de par l'effet d'une clause d'indexation, «augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé».

Le nouvel article 1195 du Code civil introduit dans ces circonstances la théorie de l'imprévision en droit privé, en énonçant que «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant». Bien plus, en cas d'échec de la renégociation, le texte confère au juge judiciaire le pouvoir de «réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

Le texte exige donc la réunion de trois conditions pour qu'une partie puisse éventuellement forcer une révision de l'économie du contrat : un changement de circonstances imprévisible, une exécution contractuelle excessivement onéreuse, et une absence d'acceptation des risques de la part de la «victime» de l'évolution de la conjoncture. Quelles applications pourrait recevoir ce dispositif en matière de baux commerciaux ?

2. On soulignera d'abord qu'il ne s'agit *a priori* pas d'une disposition d'ordre public, même si la question reste discutée, de sorte que les parties à un bail commercial conserveraient la faculté d'exclure expressément le

nouvel article 1195 du champ contractuel. Et elles le font déjà ! Rares sont les baux «types» des principaux bailleurs institutionnels qui ne contiennent désormais pas une double protection en la matière : une première clause par laquelle le preneur déclare expressément accepter les aléas économiques liés aux évolutions de la commercialité ou du marché, laquelle se double d'une seconde clause faisant renoncer les deux parties au bénéfice de l'article 1195. Tout débat portant sur l'applicabilité du nouvel article 1195 du Code civil à cette nouvelle génération de baux pourrait donc bien ne jamais avoir lieu.

Ces baux «neufs» sont cependant loin de couvrir la totalité du parc locatif, et les baux antérieurs à la réforme du droit des obligations auront par essence vocation à être renouvelés, amiablement ou judiciairement, sans que l'une des parties ne puisse imposer à l'autre partie à l'occasion du renouvellement une renonciation réciproque au bénéfice de l'article 1195 du Code civil.

La question de l'applicabilité de ce dispositif au bail commercial se posera donc inéluctablement ; les uns y verront un moyen potentiel de provoquer la rupture du bail en dehors des périodes de congés triennaux ou contrac-

tuellement convenus, tandis que les autres y déceleront la possibilité de forcer la révision d'un loyer devenu «insupportable» en cours de bail, et de s'affranchir du carcan rigide des articles L. 145-38 et L. 145-39.

S'il est impossible d'affirmer que ces stratégies seront nécessairement vouées à l'échec, la déception risque toutefois d'être au rendez-vous. Le droit spécial du statut des baux commerciaux ayant vocation à prévaloir sur le droit général du Code civil, nombreux sont les auteurs qui considèrent que le nouvel article 1195 ne pourra pas être invoqué lorsque sera en cause la commercialité du site, dont les modifications sont déjà couvertes par le dispositif de révision du loyer de l'article L. 145-38. Le champ d'application du nouvel article 1195 du Code civil pourrait donc bien être réduit à la portion congrue en matière de bail commercial.

Bonne foi, contrat d'adhésion, déséquilibre significatif et imprévision : si ces dispositifs phare issus de la réforme du droit des obligations exerceront sans doute à des degrés divers une incidence sur le bail commercial et son équilibre, il ne s'agit assurément pas d'une révolution, et le changement n'est peut-être pas pour maintenant !

TRIBUNE LIBRE

Déséquilibre significatif

LE JUGE ÉTEND SON POUVOIR... JUSQU'AU CONTRÔLE DES PRIX

La république des juges s'est invitée dans la campagne présidentielle. La voilà qui descend jusqu'au contrôle des prix à la faveur d'un contrat signé entre Leclerc et l'un de ses fournisseurs. Contrevenant sans émotion particulière au principe de libre négociabilité, la Cassation valide l'arrêt d'appel pourtant critiqué, le juge utilisant la notion de déséquilibre significatif pour étendre son pouvoir aux détails d'un accord signé entre deux entreprises. Demain aux contrats de bail, après-demain aux contrats de franchise ?

Par M^e Jessica Mansuy, avocat à la Cour (Gouache Avocats)

On se souvient que le 1^{er} juillet 2015, la cour d'appel de Paris avait condamné Galec, le groupement d'achats des centres Leclerc à une amende civile de 2 millions d'euros et à restituer à 46 fournisseurs 61 millions d'euros de ristournes de fin d'année indûment versées.

La cour d'appel avait en effet estimé que deux clauses prévues dans les contrats-cadres conclus entre Galec et les fournisseurs créaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties :

- une clause prévoyant le versement de ristournes de fin d'année soit en contrepartie de la constatation d'un courant d'affaire non chiffré, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires limité par rapport au chiffre d'affaires de l'année précédente et sans commune mesure avec le chiffre d'affaires prévisionnel, ou soit sans aucune contrepartie.
- une clause prévoyant le versement d'acompte mensuel prévisionnel de ristournes avant le paiement de marchandises et alors même que l'engagement du distributeur ne serait effectif qu'à la fin de l'année.

La cour d'appel avait prononcé l'annulation de ces clauses.

Cet arrêt était critiquable dans la mesure où la cour avait considéré que la réduction de prix devait avoir une contrepartie et que la loi avait entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par rapport au tarif fournisseur, alors même que cela contrevenait

au principe de libre négociabilité des conditions de vente.

La société Galec avait tout de suite formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt. De manière surprenante, le 25 janvier dernier, la Cour de cassation est venue confirmer l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris. Elle a en effet jugé que l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce autorisait un contrôle judiciaire du prix et qu'il devait exister une contrepartie aux conditions de l'opération de vente résultant de la négociation commerciale, y compris aux réductions de prix, alors même que ces obligations ne rentrent pas la catégorie des services coopération commerciale.

Cet arrêt permet de démontrer comment le juge, à travers la notion de déséquilibre significatif, a étendu son pouvoir au contrôle des prix, s'immisçant ainsi dans les négociations commerciales.

On rappellera que le juge s'était déjà approprié certains pouvoirs comme celui d'ordonner de ne pas réintroduire les clauses litigieuses dans les futurs contrats, considéré comme faisant partie du pouvoir de faire cesser l'illicéité (Paris 1/10/2014, n^o 13/16336 ; Paris, 18/12/2013, n^o 12/00150). Déjà la liberté contractuelle était gravement affectée.

S'ajoute également à ce pouvoir fait que le juge a la possibilité de prononcer une amende pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires

hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques alors même qu'il ne dispose d'aucunes lignes directrices pour déterminer le montant de cette sanction.

Rappelons que le texte en cause, l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce dispose que : «I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

2^o De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.»

Si le juge s'est arrogé ces pouvoirs sur ce fondement du spécial, son pouvoir pourrait s'étendre à d'autres domaines du droit à la faveur de l'introduction de la notion de déséquilibre significatif en droit commun des contrats.

En effet, l'ordonnance n^o 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, a introduit un article 1171 dans le Code civil réputant non écrite toute clause créatrice de déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion. Si l'article 1171 du Code civil limite l'étendue du contrôle du juge puisqu'il prévoit que le contrôle du juge ne peut porter sur ni sur l'objet principal du

contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation, les nouveaux pouvoirs du juge vont toutefois contraindre les opérateurs à modifier leurs pratiques.

La question du cumul de ce fondement de droit commun est évidemment posée et si nous pensons que le spécial doit déroger au général, les juges du fonds vont probablement rendre des décisions disparates en attendant que la Cour de cassation fixe la règle de cumul ou de non cumul. Or le fondement du droit commun permet de réputer non écrite une clause atteinte de déséquilibre. L'arme est redoutable.

Le domaine du déséquilibre significatif de droit commun est celui des contrats d'adhésion, définis à l'article 1110 du Code civil : «Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.»

Le contrat d'adhésion est donc caractérisé par trois éléments :

- L'existence de conditions générales,
- L'absence de négociation des conditions générales ;
- La détermination unilatérale et à l'avance des conditions générales par l'une des parties.

Or, bien des baux sont soustraits à la négociation ; pour les enseignes qui n'ont pas de leviers vis-à-vis des bailleurs institutionnels,

Suite page 10