



HAL
open science

Incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 sur le contenu du contrat de vente immobilière

Manuella Bourassin

► To cite this version:

Manuella Bourassin. Incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 sur le contenu du contrat de vente immobilière. *Annales des loyers*, 2016, 7-8, pp.153-167. <hal-01458050>

HAL Id: hal-01458050

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01458050v1>

Submitted on 26 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

**Incidences de l'ordonnance du 10 février 2016
sur le contenu du contrat de vente immobilière**

Annales des loyers, 2016, n°07-08, pp. 153-167

Manuella Bourassin

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Codirectrice du Master Droit notarial

Directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457)

Au sein du nouvel article 1128 du Code civil, qui se substituera au célèbre article 1108 le 1^{er} octobre 2016, trois conditions de validité, et non plus quatre, se trouvent énumérées. A la suite du consentement et de la capacité des parties, il n'est plus fait référence, ni à "un objet certain qui forme la matière de l'engagement", ni à "une cause licite dans l'obligation", mais à "un contenu licite et certain".

A cette troisième condition de validité sont consacrés dix textes, les nouveaux articles 1162 à 1171, figurant dans une sous-section 3 intitulée, par emprunt aux projets d'harmonisation européenne, "*Le contenu du contrat*".

Cette subdivision renferme les dispositions qui, dans l'optique de rendre le droit commun des contrats plus intelligible et prévisible, se substituent aux règles traditionnelles relatives à l'objet et à la cause, ainsi qu'une disposition exprimant l'objectif de justice contractuelle, à savoir la sanction des clauses abusives, autant dire les dispositions phares de la réforme qui ont suscité le plus grand nombre de commentaires et les critiques les plus vives.

Les contractants et les rédacteurs d'actes doivent-ils en attendre d'heureux ou malheureux bouleversements sur le contenu du contrat spécial de vente immobilière ? Nous ne le pensons pas et ce, pour deux raisons essentielles. Il sera démontré, dans un premier temps, qu'à l'égard des contrats définitifs de vente d'immeubles, le remplacement de l'objet et de la cause représente une évolution dérisoire (I) et, dans un second temps, que l'avènement des clauses abusives constitue une révolution illusoire (II).

I. LE REMPLACEMENT DE L'OBJET ET DE LA CAUSE : UNE EVOLUTION DERISOIRE

Dans le nouveau droit commun des contrats, les règles permettant de répondre aux questions "Qu'est-ce qui est dû ?" et "Pourquoi est-ce dû ?" ne figurent plus dans des sections distinctes portant respectivement sur l'objet des contrats et sur la cause. Elles se trouvent regroupées dans une sous-section 3 relative au "contenu du contrat", qui rompt en outre avec le vocabulaire traditionnel, puisqu'il y est fait référence aux "stipulations" et à la "prestation" plutôt qu'à l'objet du contrat ou des obligations, et que le terme de cause, quant à lui, y est remplacé par le "but" ou la "contrepartie". L'architecture du Code civil, les numéros de ses articles clés et la terminologie contractuelle connaissent ainsi des changements notables, que les professionnels du droit vont devoir intégrer, notamment en adaptant formellement le contenu de tous les actes qu'ils rédigent.

Sur le fond, l'évolution induite par le remplacement de l'objet et de la cause sera dérisoire à l'égard de nombreux contrats. Il en va ainsi en matière de vente immobilière où, d'une part, plus de la moitié des règles nouvelles relatives au contenu du contrat sont inapplicables (A) et où, d'autre part, les substituts de l'objet et de la cause sont notoires (B).

A. Les règles inapplicables

Sur les dix nouveaux articles réglementant le contenu du contrat, six n'intéressent pas la vente immobilière. Certains se trouvent évincés par la réglementation spéciale dont elle fait l'objet (1). D'autres, bien que figurant dans le droit commun, concernent des contrats spéciaux auxquels la vente immobilière est étrangère (2).

1. Réglementation spéciale de la vente immobilière

En vertu de l'adage "*Specialia generalibus derogant*", que consacre le nouvel article 1105, alinéa 3, du Code civil, les règles particulières à certaines conventions écartent les règles générales formant le droit commun des contrats. Quatre règles générales portant sur le contenu du contrat se trouvent ainsi écartées par les dispositions propres à la vente immobilière.

Il s'agit d'abord des nouveaux articles 1163 et 1166, qui régissent les prestations présentant un caractère déterminable. La vente immobilière n'est pas concernée par ces deux dispositions générales dans la mesure où une description précise du bien vendu est imposée, à titre de validité et d'opposabilité aux tiers, par le Code civil, le Code de la construction et de l'habitation et le décret de 1955 relatif à la publicité foncière.

Le nouvel article 1167, ensuite, favorise l'efficacité des contrats dont le prix ou tout autre élément doit être déterminé par référence à un indice, en admettant qu'en cas de disparition de celui-ci, "l'indice qui s'en rapproche le plus" soit appliqué. Dans les ventes d'immeubles à construire du secteur protégé, l'indice ne saurait être fixé aussi librement, puisqu'il est encadré par l'article L. 261-11-1 du Code de la construction et de l'habitation.

Enfin, n'est pas applicable à la vente immobilière le nouvel article 1168, qui reprend le principe de validité des contrats synallagmatiques en cas de "défaut d'équivalence des prestations", puisque la rescision pour lésion de plus des 7/12e est admise en matière de vente immobilière par l'article 1674 du Code civil.

Deux autres textes issus de la réforme ne sont pas applicables à la vente immobilière pour une autre raison : la spécialisation du nouveau droit commun.

2. Spécialisation du droit commun des contrats

Selon le nouvel article 1105, alinéa 1er, les contrats sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du sous-titre Ier du Titre III du Code civil. La généralité ainsi annoncée est loin d'être absolue, vu que plusieurs dispositions concernent des contrats dits spéciaux.

Tel est le cas du nouvel article 1164, qui porte sur les contrats cadres, et de l'article 1165 relatif aux contrats de prestation de service. La fixation unilatérale du prix, que ces deux textes autorisent en reprenant des solutions jurisprudentielles élaborées au sujet des contrats cadres et des contrats d'entreprise, n'intéresse nullement la vente immobilière, parce qu'elle n'entre pas dans les catégories de contrats spécialement visées, et parce que "le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties" (C. civ., art. 1591), et non par l'un des contractants.

La réglementation spéciale de la vente immobilière et la spécialisation du droit commun des contrats rendent donc inapplicables les nouvelles règles ayant trait à la détermination des prestations et du prix, qui étaient traditionnellement rattachées à l'objet des obligations.

D'autres dispositions de la sous-section 3 étudiée suppriment les exigences traditionnelles liées à l'objet ainsi qu'à la cause, mais consacrent des substituts notoires, qui limitent considérablement la portée de la réforme.

B. Les substituts notoires

Le 1er octobre 2016, disparaîtront du Code civil les notions d'objet du contrat, de cause de l'obligation, de cause du contrat, et les textes phares qui leur sont aujourd'hui consacrés. La réforme est loin, cependant, de laisser un vide béant, puisque les vertus régulatrice et correctrice habituellement attachées à ces notions caractériseront de nouvelles règles. En effet, le contrôle de la conformité du contrat à l'ordre public reposera sur le nouvel article 1162 (1).

Le contrôle de l'équilibre structurel du contrat sera quant à lui fondé sur les nouveaux articles 1169 et 1170 (2).

1. Contrôle de la licéité du contrat

Le nouvel article 1162 du Code civil dispose que "le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties". Ce texte illustre parfaitement le *modus operandi* de la réforme consistant à rénover formellement la matière contractuelle, sans la bouleverser substantiellement. Les notions d'objet et de cause du contrat sont effectivement remplacées par celles de "stipulations" et de "but". Mais, sur le fond, le futur article 1162 ne renferme aucune nouveauté.

L'exigence de conformité du contrat à l'ordre public est énoncée, depuis 1804, par l'article 6 du Code civil et l'ordonnance du 10 février 2016 l'a rappelée dans les dispositions liminaires du nouveau droit commun des contrats, au sein de l'article 1102, alinéa 2. Les bonnes mœurs ne sont certes plus visées par les textes issus de la réforme, mais l'ordre public est une notion suffisamment vaste pour en contrôler le respect. Il en va de même des droits et libertés fondamentaux, que le projet de la Chancellerie de février 2015 avait expressément mentionnés aux côtés des règles intéressant l'ordre public, mais que l'ordonnance passe finalement sous silence.

Le nouvel article 1162 est plus précis que l'article 6 du Code civil, en ce qu'il exige d'apprécier la licéité du contrat au regard de ses stipulations et de son but. Il n'y a là, toutefois, rien de nouveau non plus d'un point de vue substantiel. Se trouvent uniquement inscrites au sein d'une même disposition la condition de licéité de l'objet du contrat et celle de licéité de la cause du contrat¹, qu'énoncent aujourd'hui les articles 1128 et 1133.

Le nouvel article 1162 complète l'actuel article 1133, en autorisant l'annulation du contrat pour illicéité de son but, que ce but ait été "connu ou non par toutes les parties". La continuité avec le droit positif d'origine jurisprudentielle est patente, puisque la Cour de cassation a adopté cette règle en 1998².

Le contrôle de la licéité du contrat ne sera donc pas bouleversé par le nouvel article 1162, qui consacre des solutions bien connues des rédacteurs d'actes ayant le devoir d'exercer ce contrôle *a priori*. Ainsi, aujourd'hui comme demain, les notaires devront-ils veiller à ce que les stipulations d'une vente immobilière, ainsi que les mobiles animant chacune des parties, soient conformes à l'ordre public largement entendu. Par exemple, si un vendeur souhaite qu'une clause d'inaliénabilité soit stipulée, le notaire devra toujours vérifier l'existence d'un intérêt sérieux et légitime, en faire état dans l'acte, qui doit en outre limiter dans le temps la restriction apportée aux droits de l'acquéreur de disposer librement de son bien. A défaut, l'atteinte portée au droit constitutionnel de propriété pourra être sanctionnée sur le fondement, soit de l'article 6 comme l'admet déjà la jurisprudence³, soit du nouvel article 1162.

L'apport de ce texte au droit positif, ainsi que ses incidences pratiques, sont donc minimes.

Un constat analogue s'impose au sujet des nouveaux articles 1169 et 1170, qui renferment d'autres substituts notoires de la cause, permettant cette fois de contrôler l'équilibre structurel du contrat.

2. Contrôle de l'équilibre structurel du contrat

Dans l'espoir de rendre notre droit plus lisible et attractif, les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont banni du droit commun des contrats la notion de cause et les règles générales

¹ Il n'est pas satisfaisant que ce rapprochement de l'objet et de la cause s'opère dans une sous-section intitulée "Le contenu du contrat", car le contenu n'inclut pas le but. Cette malfaçon aurait pu être évitée en mentionnant l'exigence de licéité des stipulations et du but du contrat dans le nouvel article 1128.

² Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 285.

³ Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, inédit, n° 04-13772.

qui lui sont aujourd'hui dédiées. La cause de l'obligation, qui correspond, dans les contrats synallagmatiques commutatifs, à la contre-prestation, est cependant sous-jacente dans les nouveaux textes imposant l'existence d'une contrepartie. Cette condition, nécessaire pour que l'acte présente un intérêt pour chacun des contractants, autrement dit pour qu'il soit structurellement équilibré, est développée par les nouveaux articles 1169 et 1170. On y retrouve deux règles particulières, que la jurisprudence a déduites de l'actuel article 1131, et qui font partie des applications les plus classiques et les moins contestées de la cause objective.

Le nouvel article 1169 prévoit qu'"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". Il s'agit d'une codification à droit prétorien constant, dans la mesure où, depuis un siècle, la jurisprudence annule des contrats lorsque l'une des parties s'est trompée sur la réalité de la contrepartie ou lorsque cette contrepartie n'est pas sérieuse. La nullité de la vente pour vileté du prix en est l'illustration topique.

Mais en matière immobilière, l'annulation fondée sur le prix dérisoire est rare, notamment parce que les juges judiciaires comme administratifs admettent les ventes à l'euro symbolique dès que d'autres contreparties existent⁴, et également parce que les notaires, tenus d'informer les parties sur les risques d'une telle nullité et tenus d'assurer l'efficacité des actes instrumentés, veillent à ce que le prix soit réel et sérieux. La pratique notariale et judiciaire, qui évite ou rejette aujourd'hui la nullité pour contrepartie illusoire ou dérisoire, perdurera certainement après l'entrée en vigueur du nouvel article 1169. Ce substitut de la cause objective ne devrait donc guère impacter la validité des ventes immobilières, pas plus que la responsabilité des notaires.

L'autre application particulière de la cause objective, qu'a codifiée l'ordonnance, figure dans le nouvel article 1170, aux termes duquel "toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite". On reconnaît là la jurisprudence *Chronopost* de 1996 qui, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, a privé d'efficacité une clause limitative de responsabilité stipulée dans un contrat de transport rapide de marchandises. Le nouvel article 1170 étend cette célèbre solution à tous les contrats et à tout type de clauses, à condition que soit contredite l'obligation essentielle du débiteur, c'est-à-dire l'obligation caractéristique et principale du contrat, celle qui le rend utile au créancier et justifie la contrepartie due par ce dernier.

En matière de vente, l'article 1603 du Code civil précise que le vendeur "a deux obligations principales, celle de livrer et celle de garantir la chose qu'il vend". Seules les clauses privant de substance ces obligations essentielles pourront être réputées non écrites sur le fondement du nouvel article 1170. Ce texte ne devrait pas bouleverser le contenu des ventes immobilières, car les clauses habituelles de non-garantie ou d'aménagement des conditions de la responsabilité et de la réparation au bénéfice du vendeur portent moins sur ses obligations essentielles de délivrance conforme et de garantie d'éviction de son fait personnel, que sur des obligations accessoires.

Par exemple, la clause exonératoire des vices cachés stipulée dans une vente immobilière entre particuliers ne devrait pas tomber sous le coup du nouvel article 1170, car transférer la propriété d'un bien apte à son usage normal ne constitue pas l'obligation essentielle du vendeur, mais une garantie accessoire et supplétive selon l'article 1643 du Code civil. Pour cette raison, la Cour de cassation a déjà refusé d'annuler une clause de "vente en l'état" pour défaut de cause au regard de l'article 1131 du Code civil⁵. Cette solution devrait être

⁴ Civ. 3^e, 3 mars 1993, *Bull. civ.* I, n° 28 (vente d'un terrain faisant partie d'un ensemble contractuel indivisible, en l'occurrence une cession d'entreprise) ; CE, 3 nov. 1997, *Rec. Lebon* n° 169473 (l'acquéreur s'engageait auprès de la commune venderesse à créer des emplois).

⁵ Civ. 3e, 13 janv. 2009, inédit, n° 07-18777.

reconduite sous l'empire du nouvel article 1170, qui n'est qu'une application de l'exigence de cause objective.

Une autre clause limitative de responsabilité ne nous semble pas menacée par cette disposition. Il s'agit de la clause de suspension des délais de livraison stipulée dans les ventes d'immeubles à construire, qui énumère des causes légitimes de retard en les qualifiant d'évènements de force majeure. Bien que le délai de livraison doive impérativement être mentionné dans le contrat de vente d'immeuble à construire (C. civ., art. 1601-1 ; CCH, art. L. 261-11), son respect scrupuleux ne revêt pas la même importance que dans le transport rapide de marchandises au cœur de l'affaire *Chronopost*. La livraison dans le délai ne devrait pas être qualifiée d'obligation caractéristique et principale des contrats de vente à terme ou en l'état futur d'achèvement, de sorte que les clauses suspendant les délais de livraison ne devraient pas être réputées non écrites sur le fondement du nouvel article 1170.

Dans le domaine de la vente immobilière, l'évolution à attendre du remplacement de l'objet et de la cause par les règles particulières insérées dans les futurs articles 1162 à 1170 du Code civil paraît donc dérisoire.

La nouvelle sous-section dédiée au contenu du contrat comporte une dernière disposition, l'article 1171, relatif aux clauses créant "un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat". Cet avènement des clauses abusives dans le Code civil constitue, en matière de vente immobilière, une révolution illusoire.

II. L'AVENEMENT DES CLAUSES ABUSIVES : UNE REVOLUTION ILLUSOIRE

L'extension du domaine de la lutte contre les clauses abusives, par leur inscription dans le Code civil, a été analysée par nombre d'auteurs et praticiens comme une révolution de nature à faire exploser les contrats.

Au sujet des ventes immobilières, le risque que des clauses ne soient réputées non écrites comme créant "un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties", et que la responsabilité des notaires ne soit en conséquence engagée, a pu sembler important. Ces contrats contiennent en effet habituellement, si ce n'est systématiquement, des clauses plaçant le vendeur dans une situation plus favorable que celle de l'acheteur. Outre les clauses précitées de "vente en l'état" et de suspension des délais de livraison, nous songeons en particulier à la clause d'une vente à terme faisant peser sur l'acquéreur, dès l'entrée en jouissance, toutes les charges afférentes à l'immeuble (taxes locatives et foncières, primes d'assurance, frais d'entretien des espaces communs...), comme s'il était propriétaire. Mérite également d'être citée la clause de mandat, au sein d'une VEFA, qui confère au vendeur mandataire des pouvoirs unilatéraux (notamment modifier la division de l'immeuble avant son entrée dans le régime de la copropriété, subdiviser un lot dit intermédiaire pour édifier un second bâtiment, constituer des servitudes), dont l'exercice peut se révéler préjudiciable à l'acquéreur mandant.

La question se pose de savoir si l'entrée en vigueur du nouvel article 1171 est susceptible de ruiner l'efficacité de ces différentes clauses, partant de mieux préserver les intérêts de la partie faible comme l'ont souhaité les auteurs de la réforme. Une réponse essentiellement négative, rendant illusoire la révolution redoutée ou espérée, nous semble devoir être apportée, d'abord parce que le nouveau droit commun en matière de clauses abusives a un champ d'application restreint (A), ensuite parce que des parades conventionnelles pourront se développer (B).

A. Un champ d'application restreint

L'ordonnance du 10 février 2016 généralise en apparence la prohibition des clauses abusives en l'inscrivant dans le Code civil. Mais le domaine du nouvel article 1171 est en réalité doublement limité. Il l'est, en premier lieu, par la condition *ratione materiae* qu'impose le

texte lui-même : il n'est applicable que "dans un contrat d'adhésion" (1). Le champ d'application du droit commun est limité, en second lieu, par les droits spéciaux qui pourchassent déjà les clauses abusives (2).

1. Contrat d'adhésion

Le projet d'ordonnance que la Chancellerie a soumis à la consultation publique au printemps 2015 ne comportait aucune restriction quant aux contrats concernés par la "suppression" des clauses abusives. L'ordonnance adoptée en 2016 a au contraire précisé que c'est "dans un contrat d'adhésion" que "toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite". Cette limitation vise, d'après le rapport remis au Président de la République, à "répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français". La sécurité économique s'en trouve certainement préservée, mais la sécurité juridique est en revanche mise à mal par l'emploi de la notion de contrat d'adhésion, dont les contours restent flous malgré la définition qu'en donne l'ordonnance.

Aux termes du nouvel article 1110, alinéa 2, "le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties". Cette définition repose sur trois éléments qui appellent chacun des éclaircissements. C'est tout d'abord au regard des "conditions générales" qu'un contrat pourra être qualifié d'adhésion. Il conviendra donc de scruter les obligations accessoires, et non les stipulations essentielles relatives à la prestation et au prix, qui constituent les conditions particulières du contrat et ne sont pas concernées par le contrôle des clauses abusives (C. civ., nouv. art. 1171, al. 2).

Le deuxième élément de qualification du contrat d'adhésion réside dans la prédétermination unilatérale des conditions générales. Comme il s'agit également du critère de définition du contrat-type et que celui-ci est destiné à être conclu avec un grand nombre de contractants, il est probable que la qualification de contrat d'adhésion sera réservée aux contrats standardisés, proposés de manière répétitive, à grande échelle.

Le troisième élément de définition du contrat d'adhésion inscrit dans le nouvel article 1110 est l'absence de négociation des conditions générales. Bien que le texte ne précise pas les raisons pour lesquelles elles se trouvent "soustraites à la négociation", une approche *in abstracto* ne semble pas inéluctable. Les juges devront plutôt examiner les forces et faiblesses respectives des parties, le comportement de l'une et de l'autre pendant la période précontractuelle, *ie* se livrer à une appréciation *in concreto* de celle-ci et ce, afin de rendre effective la restriction du champ d'application de l'article 1171 qu'ont consentie les auteurs de la réforme sous la pression de la doctrine et des "représentants du monde économique".

Au regard des éléments de définition que nous venons d'explicitier, il importe de déterminer quelles ventes immobilières sont susceptibles d'être qualifiées de contrats d'adhésion.

Risquent-elles toutes de l'être au motif que certaines parties des actes notariés, comme celle dénommée "charges et conditions", sont standardisées ? Il est indéniable que les notaires recourent à des logiciels proposant des modèles de conditions générales, qui sont donc déterminées à l'avance, et échappent largement, en pratique, à la négociation. Deux arguments principaux peuvent cependant être avancés pour éviter que toutes les ventes immobilières, et même plus largement tous les actes notariés, ne soient qualifiés de contrats d'adhésion : d'une part, l'impératif de sécurité juridique, qui sous-tend l'ensemble de la réforme du droit des obligations ; d'autre part, le défaut de prédétermination "par l'une des parties", lorsque les clauses accessoires sont reprises par le notaire des formules établies par les prestataires de services informatiques.

Dans le domaine de la vente immobilière, il nous semble que la qualification de contrat d'adhésion dépendra avant tout de la qualité de professionnel du vendeur. Ne devraient toutefois pas être concernés tous les professionnels au sens du Code de la consommation, c'est-à-dire tous les vendeurs qui contractent dans le cadre de leur activité professionnelle⁶. Ne devraient pas non plus être concernés tous les vendeurs, que la jurisprudence qualifie de professionnels de l'immobilier ou du bâtiment dans le contentieux portant sur la garantie des vices cachés. La qualification de la vente immobilière en contrat d'adhésion devrait plutôt être subordonnée à la présence d'un professionnel de la vente immobilière, car c'est de cette qualité dont dépendent la prédétermination unilatérale à grande échelle des conditions générales et l'absence de négociation de ces clauses accessoires.

Si cette interprétation obtenait les faveurs de la jurisprudence, échapperaient à la qualification de contrat d'adhésion et, par là même, au nouveau droit commun des clauses abusives, les ventes dans lesquelles le vendeur est, soit un particulier, soit une personne physique ou une personne morale de droit privé agissant dans le cadre d'une activité professionnelle n'incluant pas la vente immobilière (entreprise d'assurance, banque, SCI familiale par exemple), soit encore une collectivité territoriale.

Pourraient au contraire être qualifiées de contrats d'adhésion les ventes dans lesquelles le vendeur est un marchand de biens, une société civile de construction vente, un promoteur immobilier ou encore une Safer.

Néanmoins, les ventes impliquant de tels professionnels de la vente immobilière ne relèveront pas toutes du nouvel article 1171, car nombre d'entre elles resteront soumises aux droits spéciaux qui sanctionnent également les clauses abusives.

2. Droits spéciaux

Les droits spéciaux restreignant le champ d'application du nouveau droit commun des clauses abusives sont le droit de la construction, le droit de la consommation et le droit des affaires.

Des textes propres à la vente d'immeuble à construire prohibent diverses clauses défavorables à l'acquéreur. Dans le cadre des ventes à terme et des ventes en l'état futur d'achèvement, aussi bien du secteur protégé que du secteur libre, sont privées d'efficacité les clauses limitant ou excluant la garantie des vices et défauts de conformité apparents (C. civ., art. 1642-1 ; CCH, art. L. 261-5), ainsi que les clauses déchargeant le vendeur des garanties décennale et biennale des constructeurs immobiliers (C. civ., art. 1646-1 ; CCH, art. L. 261-6). Dans les ventes d'immeubles à construire du secteur protégé se trouvent en outre prohibées par l'article L. 261-16 du Code de la construction et de l'habitation les clauses contraires à ses articles L. 261-11 à L. 261-15, telles celles relatives à la révision du prix, à la résolution de plein droit en cas de manquement de l'acquéreur à ses obligations financières ou encore aux pénalités forfaitaires liées à la résolution. Après l'entrée en vigueur du nouvel article 1171 du Code civil, toutes ces clauses stipulées dans les ventes d'immeubles à construire continueront d'être paralysées sur le fondement du droit spécial de la construction.

S'agissant de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, il répute non écrites les clauses abusives stipulées entre un professionnel et un consommateur ou non-professionnel. En matière de vente immobilière, depuis 1978, c'est principalement au sein des ventes d'immeubles existants ou à bâtir conclues entre des vendeurs professionnels et des particuliers qu'ont été sanctionnées les clauses préjudiciables aux intérêts des acquéreurs (par exemple, la clause de non-garantie des vices cachés ; la clause de non-recours en cas d'erreur de désignation ou de différence entre la contenance indiquée et la contenance réelle). Les ventes qui seront conclues à compter du 1er octobre 2016 entre un vendeur agissant dans le cadre de sa profession, quelle qu'elle soit, et un acquéreur n'agissant pas dans un cadre professionnel, resteront soumises au droit de la consommation. Ce droit spécial protège plus efficacement les

⁶ C. consom., art. liminaire issu de l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 (entrée en vigueur le 1er juill. 2016).

parties faibles que le nouvel article 1171 du Code civil, notamment parce que des clauses y sont présumées abusives, irréfragablement ou jusqu'à preuve contraire (C. consom. art. R. 132-1 et R. 132-2), et parce qu'elles doivent être relevées d'office par le juge (C. consom., art. L. 141-4). Le champ d'application du futur droit commun des clauses abusives est donc considérablement limité par le droit de la consommation.

Le troisième droit spécial luttant contre les clauses abusives est celui des pratiques restrictives de concurrence. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce concerne les relations commerciales établies entre deux professionnels. Si les conditions particulières qu'il énonce sont réunies⁷, ce texte doit s'appliquer de préférence au droit commun. En matière de vente immobilière, le nouvel article 1171 du Code civil pourra ainsi être écarté chaque fois qu'existera un courant d'affaires entre le vendeur et l'acquéreur (notamment entre promoteurs et bailleurs privés institutionnels ou entreprises d'hôtellerie).

En définitive, le domaine résiduel du nouveau droit commun des clauses abusives est tout à fait restreint. Il devrait uniquement s'appliquer aux ventes immobilières conclues entre professionnels, qu'elles portent sur des terrains, des bâtis existants ou des immeubles à construire, aussi bien dans le secteur libre que le secteur protégé, mais à la condition que les parties n'aient pas entretenues de relations d'affaires avant le contrat litigieux, que le contrat ne relève pas des textes impératifs régissant la vente d'immeuble à construire et qu'il puisse être qualifié de contrat d'adhésion, qualification qui nécessitera sans doute la présence d'un professionnel de la vente immobilière et la preuve de l'absence de négociation des clauses accessoires déterminées à l'avance par cette partie forte. Compte tenu de ce champ d'application limité, la révolution induite par le nouvel article 1171 du Code civil paraît donc illusoire.

Le surcroît de protection des parties faibles attendu de ce texte mérite d'être relativisé pour une seconde raison : l'existence de parades conventionnelles efficaces.

B. Des parades conventionnelles efficaces

Pour éviter la sanction du nouvel article 1171, le contrat ne saurait écarter l'application même de ce texte, qui est d'ordre public (cette impérativité ressort de la sanction retenue - la clause réputée non écrite⁸ - ainsi que du rapport remis au Président de la République). Des stipulations pourront en revanche empêcher que les conditions qu'il requiert ne soient réunies. La révolution qu'il porte en germe pourra ainsi être déjouée grâce, d'une part, à des clauses portant sur la négociation du contrat (1) et, d'autre part, à des stipulations renforçant l'équilibre contractuel (2).

1. Négociation précontractuelle

La négociation des conditions générales de la convention, fussent-elles prédéterminées par l'une des parties, fera certainement obstacle à la qualification de contrat d'adhésion. Pour éviter le jeu du nouvel article 1171, subordonné à cette qualification, les parties devront donc discuter les clauses accessoires du contrat et s'en ménager la preuve. A cette fin, il sera utile de conserver des traces écrites des échanges précontractuels et de faire état des négociations dans les actes eux-mêmes. En préambule et/ou en conclusion, il pourrait être précisé que "la présente convention a été arrêtée après une libre discussion des parties sur chacune de ses

⁷ L'abus est subordonné, non seulement à un déséquilibre contractuel, qui peut résulter d'une inadéquation entre le prix et la prestation, mais également au comportement de la partie forte, qui doit "soumettre ou tenter de soumettre" son partenaire commercial à des obligations déséquilibrées. L'abus est sanctionné par la responsabilité contractuelle du professionnel à l'origine du déséquilibre.

⁸ Même si la clause constitue un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles, "le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite" (C. civ., nouv. art. 1184, al. 2). L'efficacité de l'opération d'ensemble dans laquelle s'inscrit ledit contrat peut néanmoins s'en trouver compromise. L'annulation de la clause de mandat stipulée dans une VEFA peut ainsi remettre en cause la validité des actes passés sans pouvoir par le promoteur.

clauses, tant particulières que générales, en prenant en considération les obligations réciproques souscrites dans l'ensemble du contrat". Afin de convaincre de la réalité des négociations, il serait prudent de compléter ce type de clauses, qui pourraient vite devenir de style, par des annexes reflétant l'existence et le contenu des pourparlers (mails, courriers, comptes-rendus de rendez-vous, fréquents dans les ventes conclues entre professionnels concernées par le droit commun).

Les notaires auront quant à eux intérêt à conserver la preuve des informations délivrées, avant la signature de la vente, sur les nouveaux articles 1110 et 1171. Dans la clause ou l'acte séparé de reconnaissance de conseils donnés, il serait opportun de mentionner que la négociation de toutes les clauses du contrat a été encouragée par le notaire, qu'il a fourni à chacune des parties les informations nécessaires pour discuter librement de toutes les clauses et, le cas échéant, de citer celles les plus sensibles à propos desquelles des explications spécifiques ont été fournies avant la conclusion du contrat.

D'autres parades concernent le contenu du contrat définitif. Elles consistent à en renforcer l'équilibre.

2. Equilibre contractuel

L'équilibre contractuel est évidemment le meilleur rempart contre les règles spéciales et la nouvelle règle générale sanctionnant les clauses abusives.

En matière de vente immobilière, le rééquilibrage salvateur peut être opéré sans que ne soient supprimées toutes les clauses défavorables aux acquéreurs. Outre que cette entière suppression est irréaliste factuellement, elle est inutile juridiquement pour deux raisons. D'une part, l'équilibre contractuel qu'imposent les articles L. 132-1 du Code de la consommation, L. 442-6 du Code de commerce et bientôt 1171 du Code civil doit être apprécié, non pas clause par clause, mais de manière globale, contextualisée, c'est-à-dire en se référant à l'ensemble des stipulations contractuelles. D'autre part, le rééquilibrage peut reposer sur de simples aménagements des clauses risquant le plus d'être déclarées abusives. Trois types d'aménagements nous paraissent efficaces.

D'abord, pour éviter un déséquilibre significatif, il convient de prévoir des contreparties aux limitations apportées aux droits de l'acquéreur ou aux obligations supplémentaires qui lui sont imposées. La contrepartie peut être financière (par exemple, une diminution du prix de la VEFA si l'acquéreur consent des mandats au vendeur). Elle peut être également juridique (notamment si l'acquéreur supporte les servitudes passives moyennant le bénéfice des servitudes actives attachées à l'immeuble vendu). Elle peut encore résider dans les obligations mises à la charge du vendeur, comme des obligations d'information, dans une autre clause, voire dans un autre contrat appartenant à la même opération immobilière complexe.

Il est possible, ensuite, de limiter le risque de déséquilibre significatif en explicitant le fondement des obligations stipulées à l'encontre de l'acquéreur (par exemple, dans une vente à terme, le caractère rétroactif du transfert de propriété permet de justifier le transfert des charges), tout autant que le fondement des clauses limitatives ou exonératoires de garantie profitant au vendeur et ce, en rappelant le caractère supplétif des garanties visées (comme celle relative à la contenance - C. civ., art. 1619 - en dehors des ventes de lots de copropriété). C'est enfin en assortissant les clauses protectrices du vendeur de garde-fous que le risque d'abus, et donc d'annulation de ces clauses, peut être conjuré. Dans cette optique, il est utile de préciser que la mauvaise foi du vendeur, un dol ou une faute lourde de sa part, mettent en échec la clause de "vente en l'état". Concernant la clause de suspension des délais de livraison stipulée dans les ventes d'immeubles à construire, même si la Cour de cassation l'a récemment

validée au regard de l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁹, il serait prudent d'insister sur l'indépendance du maître d'œuvre chargé d'apprécier les causes de retard.

Toutes ces parades conventionnelles, ajoutées au champ d'application restreint du nouvel article 1171, nous laissent penser que la révolution annoncée tenant à l'avènement des clauses abusives dans le Code civil est illusoire.

Comme, par ailleurs, le remplacement de l'objet et de la cause au sein des nouveaux articles 1162 à 1170 emporte des évolutions dérisoires, il est permis de conclure que la réforme va certes imposer aux rédacteurs d'actes de nombreuses adaptations formelles, quant aux textes et à la terminologie contractuelle à employer, mais que d'un point de vue substantiel, le contenu de nombreux contrats spéciaux, dont la vente immobilière, ne sera pas bouleversé.

⁹ Civ. 3e, 24 oct. 2012, *Bull. civ.* III, n° 152.