

CONTRATS ET ECONOMIE DE LA FONCTIONNALITE ET DE LA COOPERATION (EFC)



EXPERTISES

La contractualisation dans le cadre de l'EFC

NOTE JURIDIQUE

Novembre 2024

CITATION DE CE RAPPORT

SKOV AVOCATS, CAHIN Claire, 2024, Contrats et Economie de la Fonctionnalité et de la Coopération, Note juridique. 20 pages.

Cet ouvrage est disponible en ligne : <https://librairie.ademe.fr/>

Ce document est produit dans le cadre du programme Territoires de Services et de Coopérations (COOP'TER).

Le programme COOP'TER

Territoires de Services et de Coopérations (COOP'TER) s'inscrit dans le Programme d'Actions de Recherche Concerté (PARC) Dynamiques Sociales et Economiques Territoriales et dans les stratégies d'action sur les nouveaux modèles économiques de l'ADEME.

COOP'TER lie la recherche et l'action. Il vise à soutenir les coopérations économiques territoriales de transition répondant aux enjeux d'habitat, d'alimentation, de mobilité, d'énergie, de prévention des déchets... Et pour cela, il intègre plusieurs activités : des expériences territoriales, de la recherche, de la capitalisation - valorisation des connaissances et de l'évaluation. Le programme implique des organisations porteuses de projets territoriaux (entreprises, associations, collectivités), des accompagnateurs et des chercheurs. En coopération, ces acteurs explorent de nouvelles réponses économiques aux enjeux écologiques et sociaux de territoires et produisent de nouvelles connaissances. Le modèle de l'Économie de la Fonctionnalité et de la Coopération est en l'occurrence exploré et approfondi à travers les différentes activités du programme.

Le programme a été conçu et se déroule en partenariat avec le Laboratoire d'intervention recherche ATEMIS.

Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite selon le Code de la propriété intellectuelle (art. L 122-4) et constitue une contrefaçon réprimée par le Code pénal. Seules sont autorisées (art. 122-5) les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé de copiste et non destinées à une utilisation collective, ainsi que les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, pédagogique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées, sous réserve, toutefois, du respect des dispositions des articles L 122-10 à L 122-12 du même Code, relatives à la reproduction par reprographie.

Ce document est diffusé par l'ADEME

ADEME

20, avenue du Grésillé
BP 90 406 | 49004 Angers Cedex 01
Numéro de contrat : 2023MA000117

Étude réalisée pour le compte de l'ADEME par : ATEMIS

Coordination technique - ADEME : Claire PINET

Direction/Service : Direction Economie Circulaire - Service Consommation Responsable

Résumé

Cette note juridique a été élaborée par le cabinet d'avocats SKOV, dans le cadre d'un atelier organisé par ATEMIS, au sein du programme COOP'TER, piloté par l'ADEME. L'atelier visait à apporter des solutions concrètes afin d'encadrer la contractualisation dans le contexte de l'Économie de la Fonctionnalité et de la Coopération (EFC).

L'EFC se distingue des modèles économiques traditionnels en favorisant une approche servicielle et coopérative pour répondre aux défis sociétaux et environnementaux. Elle repose principalement sur la flexibilité, l'agilité et la coopération entre parties.

A ce titre, les pilotes de projets et accompagnateurs de démarche EFC ont exprimé des difficultés à intégrer l'EFC dans le système juridique actuel, et notamment dans la pratique contractuelle.

Cette note explore comment les contrats peuvent être adaptés pour refléter les objectifs et les méthodes de l'EFC, en tenant compte des limites légales et réglementaires, et propose des solutions pratiques, telles que l'introduction de la flexibilité dans l'exécution des obligations contractuelles, la consécration de la logique servicielle, l'adoption de clauses spécifiques pour acter la coopération et anticiper les difficultés.

Abstract

This legal note was developed by the law firm SKOV, as part of a workshop organised by the COOP'TER program, led by ADEME. The workshop aimed to provide concrete solutions to guide the contract formalisation in the context of the Functional and Cooperative Economy (FCE).

The FCE differs from traditional economic models by promoting a service-oriented and cooperative approach to addressing societal and environmental challenges. It primarily relies on flexibility, agility, and collaboration between parties. In this context, FCE project leaders and co-ordinators have expressed difficulties in integrating FCE principles into the current legal system, particularly in contractual practices.

This note explores how contracts can be adapted to reflect the objectives and methods of the FCE while considering legal and regulatory constraints. It suggests practical solutions such as introducing flexibility in the execution of contractual obligations, embedding the service-oriented logic, and adopting specific clauses to formalise cooperation and anticipate challenges.

SOMMAIRE

1. Introduction	5
2. Comprendre ce qu'est un contrat.....	6
3. Les limites légales à la liberté contractuelle.....	7
3.1. Les dispositions d'ordre public.....	7
3.2. Les règles du droit des contrats.....	8
3.2.1. L'obligation d'un contenu certain.....	8
3.2.2. L'obligation de garantir l'équilibre contractuel.....	9
4. Les solutions « agilité » dans les contrats d'EFC.....	11
4.1. Avant le contrat	11
4.1.1. La transparence et l'information.....	11
4.1.2. Anticiper les difficultés.....	12
4.2. La boîte à outils du droit des contrats	13
4.2.1. La forme et l'organisation du contrat	13
4.2.2. Acter la coopération.....	14
4.2.3. La « flexibilité » dans l'exécution contractuelle.....	15
4.3. L'inexécution du contrat	17
4.3.1. Prévoir conventionnellement les sanctions	17
4.3.2. La résolution amiable des litiges.....	18
Sigles et acronymes	19

1. Introduction

Cette note juridique a été élaborée par le cabinet d'avocats SKOV, spécialisé dans le droit de l'économie circulaire et de l'écologie industrielle et territoriale (EIT), dans le cadre d'un atelier organisé par ATEMIS au sein du programme Territoires de Services et de Coopérations (COOP'TER).

L'Economie de la Fonctionnalité et de la Coopération se définit comme nouveau modèle économique centré sur la logique servicielle et sur la coopération entre les acteurs, visant à répondre aux enjeux sociaux, sociétaux et de la transition écologique.

La logique servicielle prend la forme d'une vente de solutions intégrées de biens de services visant une performance d'usage, plutôt que d'une vente des biens eux-mêmes, ainsi que la création d'effets utiles directs et indirects cohérents avec les enjeux actuels (développement durable, inégalités sociales et territoriales...).

Ces solutions intégrées se contractualisent sur la base d'engagements réciproques, favorisant la convergence d'intérêts et la coopération entre les différentes parties prenantes.

La traduction juridique d'une telle démarche, et en particulier dans les contrats, peut sembler être un exercice compliqué, voire de prime abord, impossible.

En effet, la pratique contractuelle s'est développée depuis 1804 autour de différentes idées qui peut sembler incompatibles avec la philosophie prônée par l'EFC :

- Les parties à un contrat ont des intérêts divergents, qu'elles doivent défendre et négocier féroce, là où l'EFC appelle à la coopération et la co-construction d'un objectif commun,
- Le contrat doit nécessairement être un outil très verrouillé de prévisibilité et de sécurité, excluant ainsi l'introduction de tout élément d'agilité et de flexibilité pourtant indispensable à toute démarche EFC,
- Le droit des contrats prévoit un corpus de règles adaptées à répondre à des transactions classiques dans une logique marchande (la vente, le prêt, la location...), ce qui ne permet pas de consacrer le principe de logique servicielle ni de prendre en compte les effets utiles dans le cadre contractuel.

L'atelier, et la présente note, ont donc pour vocation d'apporter des solutions concrètes d'intégration de la logique de l'EFC dans les contrats que les pilotes de projets et accompagnateurs du programme COOP'TER peuvent être amenés à encadrer, négocier et conclure :

- Quelle forme peut revêtir le contrat ?
- Comment introduire de la flexibilité ?
- Comment mettre en place la coopération ?
- Comment consacrer la logique servicielle ?
- Comment régler les éventuelles difficultés ?

Dans la suite de cette étude, avant de présenter un panorama de solutions « d'agilité », seront exposées les règles qui encadrent la liberté contractuelle et qui devront toujours être respectées.

Il convient de garder en tête que toutes les possibilités ne peuvent pas être envisagées ici. Seules les principales seront évoquées.

Il est également précisé que les contrats publics (conclus avec des personnes soumises au code de la commande publique ou au code général de la propriété des personnes publiques) sont soumis à des règles spécifiques.

La présente note ne concerne que les contrats entre personnes privées (entreprise, association, artisan, etc.).

2. Comprendre ce qu'est un contrat

L'article 1101 du Code civil, définit le **contrat** comme :

« un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

L'obligation n'est pas définie par le Code civil, mais c'est une notion bien connue des juristes. Il s'agit d'un lien de droit entre deux ou plusieurs personnes en vertu duquel, l'une d'elle, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, de donner, faire ou ne pas faire quelque chose (= la prestation).

Toute la philosophie du droit des contrats peut être résumée par un seul article du Code civil, l'article 1102, selon lequel :

« 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.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

Le **contrat est un accord de volontés** entre deux ou plusieurs personnes, qui décident de donner naissance à des normes, qu'elles définissent, et auxquelles elles acceptent de se soumettre (art. 1101 et 1103 du Code civil).

Légalement formé, le contrat a donc **force obligatoire** : chaque partie pourra en exiger le respect, notamment devant le juge.

La **liberté contractuelle**, principe fondateur du droit des contrats, laisse aux parties une grande marge de manœuvre. Le contrat est ainsi par essence un outil agile et flexible. Il est la solution libérale par excellence et l'instrument privilégié pour s'organiser collectivement et sécuriser cette organisation.

Bien utilisé, il permet notamment de créer des partenariats durables entre des acteurs qui ne sont pas nécessairement liés au sein d'une communauté d'intérêt déjà existante (comme un groupe de sociétés ou une association), ou qui ne travaillent pas traditionnellement ensemble.

Le contrat ne doit donc pas être vu comme un frein ou un obstacle à une transformation des relations telle que la porte l'EFC mais au contraire comme une **opportunité**, un **instrument stratégique** et un **outil de prévisibilité** (même au sein de l'EFC, on peut prévoir que les choses ne seront pas prévisibles !), au service des parties et de leurs objectifs communs.

3. Les limites légales à la liberté contractuelle

Bien que les parties soient libres de déterminer ensemble ce à quoi elles s'engagent et selon quelles modalités, un certain nombre de règles doivent être respectées.

Ces règles existent pour deux raisons :

- Premièrement, pour garantir que des normes qui ont une particulière importance pour la société, en raison des intérêts et des valeurs qu'elles protègent, ne soient pas contournées ou rendues inapplicables : c'est le principe des dispositions d'ordre public (2.1).
- Deuxièmement, pour protéger les parties au contrat en en garantissant l'intégrité et en empêchant les abus : ce sont les règles posées par le droit commun et le droit spécial des contrats (2.2).

3.1. Les dispositions d'ordre public

En principe, un grand nombre de règles sont dites « supplétives », c'est-à-dire que les parties peuvent y déroger par contrat. **Seules y échappent les lois qui intéressent l'ordre public**¹ (articles 6 et 1102 du Code civil).

L'ordre public n'a pas de définition légale mais peut être défini comme :

« l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation, à l'économie, à la morale, à la santé, à la sécurité, à la paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu² ».

D'une certaine manière, le législateur intervient dans la relation privée et interpersonnelle des parties pour protéger des intérêts qui peuvent être mis à mal par celles-ci dans le cadre du contrat.

Tout contrat ou clause qui dérogerait aux dispositions d'ordre public encourt ainsi la nullité. Il est donc indispensable de vérifier que le contrat n'y contrevient d'aucune façon.

Les règles d'ordre public sont **expresses**. Elles peuvent être précisées par la loi directement ou par la jurisprudence.

Il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive des dispositions d'ordre public. Voici toutefois quelques exemples qui pourraient intéresser les acteurs mobilisant le référentiel de l'EFC :

- *Les dispositions relatives aux rapports entre bailleur et locataire prévues par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs sont d'ordre public, en vertu de l'article 2 de la loi de 1989.*
- *Les dispositions relatives aux conditions générales des contrats de consommation, en vertu de l'article L219-1 du Code de la consommation.*
- *Les articles L3121-27 à L3121-31 du Code du travail relatif à la durée légale du temps de travail.*
- *L'article 1104 du Code civil selon lequel les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.*

Précision : Évidemment, le contrat ne peut pas non plus permettre aux parties de contourner une obligation ou une prohibition d'origine légale ou réglementaire, et a fortiori lorsqu'une sanction administrative ou pénale y est assortie, comme les règles relatives :

- A la vente, la location ou le prêt de machines de travail et d'équipements de protection d'occasion ;
- Aux prêts entre entreprises ou associations ;
- Aux allégations environnementales et l'utilisation de labels ;
- A la gestion des déchets ;
- Ou encore aux installations classées pour la protection de l'environnement.

¹ Et dans une certaine mesure les bonnes mœurs, qui sont vues tantôt comme une composante de l'ordre public, tantôt comme un corpus autonome, qui recouvre les règles imposées par la morale. De nos jours, ces règles sont de moins en moins reconnues par la jurisprudence.

² Dictionnaire juridique de Serge Braudo, entrée « ordre public » accessible [ici](#).

3.2. Les règles du droit des contrats

Le droit des contrats est composé de **règles générales** (qui régissent tous les contrats), et de **règles spéciales** (qui s'appliquent à certains types de contrats, comme la vente ou la location), énoncées par le Code civil et la jurisprudence associée.

Les fondements du droit des contrats tel qu'on le connaît aujourd'hui datent du premier code civil, c'est-à-dire, de 1804. Elles sont toutefois toujours en vigueur et n'ont pas (toutes) perdu de leur pertinence !

Ces règles se sont malgré tout étoffées au fur et à mesure du temps et adaptées aux enjeux propres à chaque époque.

Désormais, le contrat fait partie de la vie normale de tout un chacun. L'idéal de liberté a dû céder un peu de terrain à la sécurité juridique et à l'équilibre entre les parties, l'idée étant que tout le monde soit encouragé à participer à la vie sociale et économique sans prendre un risque démesuré.

Deux de ces règles méritent d'être détaillées, à savoir, l'obligation d'un contenu certain (2.2.1) et l'équilibre contractuel (2.2.2).

3.2.1. L'obligation d'un contenu certain

Le Code civil exige que les contrats aient un contenu « certain » (articles 1128 et 1163) :

- L'obligation doit avoir pour objet une prestation présente ou future.
- La prestation doit être possible (de façon absolue).
- La prestation doit être déterminée ou déterminable.
- La prestation est dite déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

Il existe deux raisons.

3.2.1.1. La validité du contrat

Le contenu certain est une condition de la validité du contrat. A défaut de contenu certain, le contrat encourt la **nullité**.

3.2.1.2. La garantie d'une qualification et des obligations conformes à la volonté des parties

Le danger des contrats « agiles » ou « flexibles » est qu'en cas d'obligations ou **prestations flottantes ou mal définies**, ceux-ci deviennent à **contenu variable**, mettant à mal non seulement la **bonne exécution du contrat**, mais également la **volonté des parties**.

En effet, en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile, le juge est tenu de donner ou restituer aux faits et actes leur exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination donnée par les parties.

Il pourra ainsi **requalifier le contrat** (par exemple, un don au lieu d'une vente) et **redéfinir les obligations** des parties (notamment en ce que des dispositions d'ordre public peuvent s'ajouter, mais également en ce qu'en l'absence de stipulations contractuelles, le régime légal s'appliquera sans que les parties ne puisse en dire quelque chose).

Liste des contrats nommés dont le régime juridique est fixé par le Code civil :

- *vente,*
- *louage (de bien ou d'ouvrage – inclut la prestation de service),*
- *échange,*
- *prêt,*
- *dépôt,*
- *mandat.*

Un seul contrat peut prévoir plusieurs de ces prestations simultanément ou les faire se succéder (location avec option d'achat, achat avec service de maintenance...).

3.2.2.L'obligation de garantir l'équilibre contractuel

La loi et la jurisprudence peuvent sanctionner le **déséquilibre significatif** dans l'économie du contrat ou dans les droits et obligations des parties de plusieurs manières. Deux seront examinées.

3.2.2.1. La contrepartie illusoire ou dérisoire dans les contrats onéreux

En vertu de l'article 1168 du Code civil, le **défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité** (par exemple, l'achat par erreur d'étiquetage d'un bijou d'une valeur de 500.000 euros pour 100.000 euros – Cas. 1ère civ. 4 jui. 1995, n°93.16198).

Seule exception : la **contrepartie illusoire** (en réalité inexistante – inexistence du bien à vendre par exemple) ou **dérisoire** au moment de la formation du contrat (par exemple loyers excessivement faibles dans une location).

A noter toutefois que cette disposition n'exclut pas les « prix symboliques » puisque le créancier trouve une **contrepartie sérieuse ailleurs** (par exemple, l'achat de parts sociales pour 1 euro lorsque le vendeur cède également le passif de la société – c'est ici que les ressources immatérielles peuvent éventuellement être mobilisées. Il faudra toutefois s'assurer qu'elles représentent une contrepartie sérieuse).

Enfin, il est rappelé que lorsque **les parties ont accepté de courir un risque sur les avantages et pertes** qui résulteront du contrat, en les faisant dépendre d'un évènement incertain, le **contrat n'encourt pas la nullité** (contrats aléatoires - art. 1104 C. civ – comme la vente sous rente viagère).

3.2.2.2. Les clauses limitatives de réparation

Le Code civil (art. 1170) et la jurisprudence **privent d'effet toute clause qui vide de sa substance l'obligation essentielle** (par exemple, une clause limitative de réparation qui conduit à ce qu'il n'y ait plus d'engagement principal : la clause autorise le vendeur à ne pas vendre le bien s'il le souhaite).

EN PRATIQUE

La recherche de flexibilité dans le contrat ne doit pas se faire au détriment de l'équilibre contractuel.

Premièrement, il est absolument nécessaire que le contrat contienne **une identification de l'obligation essentielle de chaque partie**, c'est-à-dire l'élément principal du contrat (vente / location / prestations de service / paiement d'un prix et identification de ce prix), y compris dans les contrats de synergie (l'objet du contrat sera donc la création de synergie et il conviendra de détailler les obligations de chacun).

Lorsque le contrat porte sur une multitude de prestations, impliquant par exemple, une location, une maintenance, une formation sur l'utilisation etc., il peut y avoir **plusieurs obligations essentielles**. Concrètement, il s'agit de **la raison pour laquelle l'autre partie s'engage dans le contrat**. Si cette raison disparaît, alors le contrat n'a plus d'intérêt pour cette partie.

Lorsque le paiement est « symbolique » ou résulte d'une contrepartie d'ordre immatériel, il est indispensable de préciser la contrepartie apportée.

Deuxièmement, si les modalités d'exécution de chaque prestation peuvent faire l'objet d'une discussion et d'une décision commune, il est nécessaire de **fixer des limites** aux prestations de chacun au-delà desquelles l'équilibre contractuel est menacé :

- Dans le cas où un prix peut être fluctuant, en fixant un minimum ;
- En limitant le nombre de prestations réalisées en contrepartie d'un prix (par exemple, en fixant un nombre de réparations maximum pour le bien mis à disposition au-delà duquel le prestataire perdra de l'argent).

Troisièmement, il peut être tentant pour les parties d'inclure des clauses limitatives de responsabilité soit pour **garder la maîtrise du risque** en cas de litige, soit pendant la phase « lune de miel » de la relation précontractuelle, dans l'idée qu'aucun différend n'interviendra entre elles...

Dans un contrat mobilisant le référentiel EFC, les obligations peuvent avoir été plus ou moins bien circonscrites : il faudra toutefois veiller à ce que ces clauses soient équilibrées et ne permettent pas à une partie de se dégager de toute obligation.

4. Les solutions « agilité » dans les contrats d'EFC

Il y a deux manières d'aborder l'EFC dans le droit des contrats.

- Premièrement, l'EFC encourage à trouver de nouveaux modèles économiques qui génèrent des externalités positives (durabilité, accroissement des ressources immatérielles etc.) mais elle n'est pas une innovation juridique.

En effet, ces modèles sont généralement traduits de façon très standard dans les conditions de vente et contrats. Par exemple, les offres très célèbres Light as a Service de SIGNIFY et Michelin Fleet Solutions ont des CGV très classiques, de vente de produits et de fourniture de services.

Ces contrats ne consacrent aucune agilité particulière et sont même relativement protecteurs du prestataire de service (limitation de responsabilité, exclusions de garanties etc.).

Cette vision est notamment applicable lorsqu'il n'y a pas une logique de synergie ou de construction de projet. Ici, un prestataire ou un vendeur tente simplement d'adapter son offre commerciale.

- Deuxièmement, l'EFC encourage à la co-construction de projets et/ou de synergies qui ont du sens pour un collectif qui souhaite se constituer, à la logique servicielle et à la consécration d'une performance d'usage.

Le droit des contrats doit refléter cet engagement et tous ses outils doivent être mobilisés en ce sens. C'est la posture privilégiée dans le cadre de cette étude et c'est de ça dont il sera question ci-après.

4.1. Avant le contrat

4.1.1. La transparence et l'information

Les parties doivent mutuellement se fournir **toute information dont l'importance est déterminante pour leur consentement**. Cette exigence prévue par le Code civil pendant les négociations précontractuelles résonne particulièrement dans le cadre d'un contrat mobilisant le référentiel EFC.

En effet, un partenariat durable et basé sur la confiance et la coopération suppose un même niveau d'information et de compréhension du projet.

Premièrement, cela permet d'éviter que les parties ne s'engagent sur la base de fausses croyances, ce qui pourrait rétroactivement annuler le contrat (l'erreur ou le dol sont des causes de nullité du contrat – 1130 du Code civil).

Deuxièmement, cela permet d'organiser la coopération et d'éviter des difficultés dans l'exécution du contrat.

EN PRATIQUE

La question à se poser est la suivante : pour quelles raisons les parties sont-elles intéressées à conclure ce contrat ?

Cela implique de :

- Préciser les intentions :
 - Déterminer le besoin des parties avec précision et la raison pour laquelle elles décident d'entrer en relation entre elles
 - Déterminer l'objectif commun
 - Incrire ces informations dans le préambule.
- Faire preuve de transparence et de loyauté :
 - Sur le modèle économique de chaque partie
 - Sur les moyens qui peuvent être mis en place par chaque partie
 - Sur les limites de chaque partie dans l'exécution des prestations envisagées.

Attention : qui dit loyauté ne dit pas 100% transparence, au détriment du secret des affaires, par exemple !

Dans tous les cas, une bonne information est une information donnée par écrit, et contre accusé de réception. Ne pas hésiter à lister dans les contrats ou en annexe, les informations transmises.

4.1.2. Anticiper les difficultés

Même lorsque les parties se sont choisies, informées, entendues, concertées, ont coconstruit, co-défini, co-évalué, il arrive que des **difficultés naissent au cours de l'exécution d'un contrat**.

Ces difficultés peuvent avoir plusieurs origines. « *La coopération consiste à tenir compte des contraintes des autres dans les choix et arbitrages que font les acteurs dans leurs activités réelles³* ». Si elles ne peuvent pas nécessairement se prévoir, elles peuvent s'anticiper.

Par exemple : on sait que Monsieur M. propose un service de réparation et d'entretien de biens domestiques – vêtements, petit électroménager, etc. - sur abonnement dans le cadre d'un chantier d'insertion avec des travailleurs reconnus handicapés. Sa productivité dépend du temps et des besoins de formation de ses employés, ce qui peut fortement varier selon le parcours de la personne ou son type de handicap.

La plupart du temps, la résolution en amont de ces difficultés passe par un durcissement des conditions et garanties contractuelles.

Chacun veut s'assurer que la prestation qu'il a commandée sera honorée, le but étant de restreindre les aléas au maximum par usage du « bâton » (par exemple, pour éviter les mauvais payeurs, les contrats prévoient souvent des pénalités de retard ou un cautionnement / en cas d'absence d'un élève, le professeur de langue prévoit que tout cours doit être annulé au moins 24h à l'avance faute de quoi le paiement sera dû).

EN PRATIQUE

La philosophie qui entoure l'EFC incite à recourir au quadriptyque transparence – anticipation - procédure – adaptation.

Il conviendra de se poser la question suivante : pour quelles raisons le contrat peut-il échouer ?

Les choix d'outils de la boîte à outils du droit des contrats (voir ci-après) seront réalisés en fonction des réponses à cette question.

³ Patrice VUIDEL, ATEMIS et Claire PINET, ADEME, *Coopérer avec les entreprises et les acteurs de mon territoire : la voie de l'Économie de la Fonctionnalité et de la Coopération*, ADEME Éditions, décembre 2022, p.11.

4.2. La boîte à outils du droit des contrats

4.2.1. La forme et l'organisation du contrat

Les parties sont libres de choisir la forme que revêtira leur accord. En général, **plus le contrat est précis, moins il comporte de risque juridique pour les parties, mais plus il se rigidifie.**

Au contraire, **plus un contrat est flexible, plus il comporte des risques et des aléas** (par exemple, en l'absence de délai de livraison fixe et imposé contractuellement, il dépend de la bonne entente des parties qu'une date qui convienne à tous soit fixée et respectée).

Il est toutefois possible **d'introduire de la flexibilité** sans pour autant renoncer à une forme d'assurance que le contrat sera mené à bien.

4.2.1.1. Les contrats pluripartites

Classiquement, un contrat se conclut entre deux personnes. Il est toutefois fréquent que **plusieurs parties prennent part au contrat** (par exemple, plusieurs acteurs signent un contrat de mise à disposition d'une machine : il y aura le prêteur et les bénéficiaires). Très efficace pour créer des synergies, le contrat multipartite est aujourd'hui largement utilisé.

Le contrat devra :

- Préciser les obligations soit de chaque partie, soit de chaque groupe de parties s'il y en a (par exemple, les bénéficiaires),
- Préciser à l'égard de quelle autre partie cette obligation est due,
- Régler la question de la solidarité, ou non, de la dette entre les parties (seront-elles tenues solidairement envers leur créancier qui pourra alors réclamer à chacun d'eux la prestation entière ou le paiement entier). A noter que la solidarité doit être prévue au contrat et ne peut se présumer (article 1200 du Code civil),
- Prévoir l'ajout d'une ou plusieurs parties en intégrant une clause qui subordonne la signature d'une nouvelle partie à l'agrément des autres parties ou non (un peu comme dans un contrat de société).

4.2.1.2. Le recours à un contrat cadre et plusieurs contrats d'application

Le **contrat (ou partenariat ou accord) cadre** permet de donner une orientation au contrat en fixant l'objet du contrat et les obligations, dans les grandes lignes de chaque partie. Ce contrat peut être signé par une multitude de parties.

Les **contrats d'application** pourront être conclus au gré des besoins des parties et de l'avancement et pourront ne concerner que certaines d'entre elles. Ces contrats permettront de décider des modalités particulières à la réalisation d'une prestation (par exemple, dans le cadre du prêt de machine, de fixer les dates de mise à disposition, de choisir, parmi les choix listés dans le contrat cadre, quelles prestations supplémentaires pourront s'ajouter).

4.2.1.3. Prévoir la possibilité de modifier facilement le contrat

4.2.1.3.1. En facilitant le recours à l'avenant

Les parties peuvent prévoir une **clause de réexamen ou de révision** qui leur permet de renégocier les termes du contrat, soit à échéance régulière, soit en cas de circonstances qui rendent l'exécution difficile, soit en cas de survenance d'un événement en particulier qui apparaît dans la clause.

Ce réexamen donnera lieu à un **avenant signé par les parties**. Il pourra être décidé de la nature des modifications autorisées (par exemple : uniquement les prix) et prévoir le cas où, dans un contrat à multiples parties, l'une d'entre elles n'accepte pas la modification.

4.2.1.3.2. En jouant sur la durée du contrat

Parfois, la prudence est la bienvenue, et en matière contractuelle la prudence peut imposer qu'un contrat ou un partenariat ne soit conclu que pour une **durée d'expérimentation** (comme 2 ou 3 mois ou 1 an).

Les parties peuvent décider de faire un bilan après cette phase d'expérimentation et de **renouveler ou proroger le contrat** (la prorogation prolonge le contrat existant, le renouvellement est la création d'un nouveau contrat – ce qui entraîne des conséquences sur le droit applicable et les sûretés associées). La prorogation et le renouvellement peuvent être accompagnés de modifications des dispositions contractuelles si besoin.

4.2.2. Acter la coopération

La raison d'être de l'EFC est la coopération entre les acteurs à l'opération. La coopération peut (et doit) s'organiser, l'agilité n'étant pas synonyme d'anarchie.

4.2.2.1. La clause de coopération / collaboration

Le contrat devra prévoir une **clause de coopération circonstanciée**. En effet, cette clause, si elle n'est pas suffisamment détaillée et opérationnelle, perdra de son efficacité.

Il s'agira pour les parties d'acter l'intention de coopération et d'organiser les modalités selon lesquelles elles entendent coopérer (procédures, réunions, reporting, suivi, calendrier). Une bonne procédure permettra donc de faire avancer le contrat et de l'adapter au besoin, mais également de s'assurer que toutes les parties continuent de s'investir et d'y trouver leur compte.

4.2.2.2. La clause de co-construction des objectifs de prestation

Dans le cadre de leur coopération, et selon les modalités fixées, les parties peuvent décider de **coconstruire les objectifs et de co-définir les moyens leur permettant de remplir leurs obligations respectives à court ou moyens termes**. Cette co-construction interviendra **dans le cadre des limites** fixées aux obligations de chaque partie, mentionnées ci-avant.

4.2.2.3. La clause de « best effort »

Afin de s'assurer la bonne volonté et l'engagement continu des parties dans la coopération, il est possible d'acter le fait que les parties devront explorer **toutes les actions qui pourraient être engagées en vue de remplir l'objectif coconstruit**.

LE PREAMBULE

C'est dans le préambule que les parties expliquent la raison d'être de leur accord :

- Leurs activités respectives
- Leurs besoins
- L'historique de leur relation
- Raisons et circonstances qui les ont amenées à contracter et à se choisir mutuellement comme partenaire
- Contexte du contrat
- Intentions et objectifs poursuivis

C'est ici que doit apparaître l'objectif lié à l'EFC et les raisons pour lesquelles cet objectif est partagé entre les parties et déterminant de leur consentement.

Pourquoi est-ce important ?

L'interprétation est nécessaire lorsqu'une clause manque de clarté, est ambiguë ou équivoque, ou en contredit une autre.

Or, selon l'article 1188 du Code civil, le contrat s'interprète :

- Selon la volonté (commune intention) des parties
- Ou à défaut, selon le sens que lui une personne raisonnable placée dans la même situation.

Remarques

Les contrats mobilisant le référentiel EFC sont des contrats innovants, agiles, parfois même flexibles : ils peuvent conduire à des rédactions soit malheureuses, soit peu claires.

L'EFC n'est pas aisée à concevoir de prime abord : l'EFC opère une rupture paradigmatique, c'est un sujet technique, qu'il faut travailler, après avoir détricoté son positionnement de référence. L'EFC n'est pas encore connue du grand public et encore moins du juge qui n'a pas eu à se prononcer sur ce genre de contrats dans ce cadre. Le sens que le juge pourra donc donner à des dispositions contractuelles prises dans un cadre mobilisant l'EFC est donc hautement imprévisible (ou plutôt, il est hautement prévisible que le juge fasse une interprétation « classique » du contrat puisque les anciens textes du Code civil commandaient de tenir compte des usages habituels).

Il est donc indispensable de fixer dans le contrat cette commune intention, qu'est l'EFC et de la décrire simplement mais efficacement, afin de s'assurer que tout le contrat sera lu, compris et exécuté en ce sens.

4.2.3. La « flexibilité » dans l'exécution contractuelle

Le principe du droit des contrats est que chacune des parties s'engage à exécuter son obligation contractuelle, telle qu'elle a été définie dans le contrat.

Il faut donc que le contrat la décrive suffisamment correctement.

A défaut, la loi et la jurisprudence s'appliqueront selon l'objet du contrat (par exemple, dans le cas d'une vente d'un bien d'occasion, où la qualité de l'objet n'est pas spécifiée, il sera attendu une qualité moyenne, normalement attendue par les parties).

4.2.3.1. Evaluer l'exécution contractuelle

4.2.3.1.1. Les obligations de résultat / de moyens

Il peut être fait recours, selon les circonstances, la nature et le degré de flexibilité recherchée, à des **clauses fixant un résultat** à atteindre (de résultat) ou bien encore des clauses qui n'imposent à la partie concernée que de mettre tout en œuvre pour tenter d'atteindre un résultat escompté **sans s'y engager pour autant (de moyens)**.

Il est possible de faire de la coopération une obligation de résultat, la difficulté étant de fixer des indicateurs précis de cette coopération.

4.2.3.1.2. Co-définir les performances

Dans un certain nombre de cas, les prestations ne sont pas directement quantifiables ou évaluables (par exemple, la vente de 5 kg de farine est quantifiable et ne pose aucune difficulté : si le vendeur ne fournit que 4 kg, il est en inexécution contractuelle, en revanche, l'évaluation est plus difficile lorsque la partie s'est engagée à « fédérer un groupe »).

Il faut donc **élaborer des méthodes** et trouver des moyens pour **évaluer correctement la bonne exécution** de certaines obligations. Les méthodes d'évaluation peuvent être **définies en commun**, pour s'assurer qu'elles aient un sens pour chacun, qu'elles soient acceptées, et peuvent tout à fait être innovantes (par exemple, basées sur un questionnaire satisfaction du client).

Elles doivent toutefois être suffisamment bien établies pour éviter d'ouvrir la porte à la potestativité (où l'exécution de la prestation dépend uniquement de la volonté de la partie assujettie) qui peuvent être frappées de nullité (1304-2 du Code civil).

Pour intégrer de la flexibilité dans l'interprétation de la bonne exécution des prestations, il est possible d'intégrer dans l'évaluation le fait que la solution EFC est coconstruite et que les prestations ne sont pas uniquement le résultat d'une seule partie.

Attention : pour qu'elles puissent être mobilisables et opposables, ces méthodes doivent figurer dans le contrat.

4.2.3.2. Exécuter sa prestation

Le contrat peut également être flexible sur la façon dont sera exécutée l'obligation.

4.2.3.2.1. Les obligations alternatives

L'article 1189 du Code civil permet qu'une partie puisse satisfaire son obligation en exécutant **une prestation parmi plusieurs autres** (par exemple dans le cadre d'une vente, elle peut soit payer 100 euros, soit fournir un autre bien de même valeur).

Cette possibilité permet notamment de **rendre interchangeable le paiement en argent ou nature** (par la fourniture d'un bien, ou d'une ou plusieurs prestations de service).

Elle permet également aux parties de **mobiliser les ressources** dont elles disposent au moment du paiement. Il conviendra simplement de faire attention aux choses suivantes :

- Les alternatives doivent être précisées dans le contrat et il doit être prévu si l'alternative peut se faire au choix du débiteur, de l'autre partie ou des deux après discussion.
- Cela peut entraîner une requalification du contrat (ce qui peut entraîner des conséquences fiscales si on passe notamment d'un contrat onéreux à gratuit et vice versa).
- Chaque alternative doit être une contrepartie au moins suffisante.

4.2.3.2.2. Le recours à la condition suspensive

Parfois, les parties veulent commencer à organiser leur projet et le concrétiser autour d'un contrat, mais les conditions de sa réalisation ne sont pas encore optimales : il manque un élément important (comme un financement, un partenaire, un business model, tout est envisageable).

Il est possible de sécuriser la situation en rédigeant et signant un contrat mais en incluant une conditions dite suspensive (1304 du Code civil) qui **fera dépendre la formation du contrat à un évènement futur incertain** (c'est souvent le cas lors de l'achat d'un bien immobilier : la vente est conclue sous condition suspensive d'obtenir un financement).

4.2.3.3. Se rétracter

Parfois, il est nécessaire de **flexibiliser la force obligatoire du contrat** en consacrant un droit de rétractation ou de dédit à une, plusieurs ou toutes les parties.

4.2.3.3.1. Le droit de rétractation

Cela peut prendre la forme d'un droit de rétractation pur à l'engagement (1122 du Code civil), généralement **pendant une période donnée** à compter de la formation du contrat (en droit de la consommation il est par exemple de 14 jours).

4.2.3.3.2. La clause de dédit

Les parties peuvent décider de la sortie libre du contrat, c'est-à-dire qu'une partie est unilatéralement autorisée à se soustraire à l'exécution de son obligation totale ou partielle moyennant, le plus souvent, le paiement d'une compensation (en argent ou nature). A noter que la faculté de dédit gratuite est autorisée par la jurisprudence mais beaucoup moins équilibrée (Cass. comm. 30 oct. 2000, n°98-11.224).

CONSACRER LA LOGIQUE SERVICIELLE ET DEFINIR LA PERFORMANCE D'USAGE DANS LE CONTRAT

Il n'est pas nécessairement évident de retranscrire le paradigme de l'EFC dans le contrat.

Quelques idées méthodologiques :

En amont

- Définir le besoin en termes d'usage :
Exemples :
 - La mobilité (raison pour laquelle on achète un vélo)
 - Le confort thermique (raison pour laquelle on achète un radiateur).
- Identifier tous les bénéfices que chaque partie tirera de l'opération (matériels, immatériels, patrimoniaux, extrapatrimoniaux, etc.).
- Identifier les risques et les limites des prestations de chaque partie (par exemple, le temps d'autonomie d'un vélo électrique ou la fréquence des interventions de maintenance).

Dans le contrat

- Retranscrire les besoins.
- Consacrer une prestation « solutions » plutôt qu'une prestation « produit » (ex. vente) ou une prestation « mono-service » (ex. location).
- Identifier l'opération alternative « orientée EFC » : par exemple, plutôt qu'une vente, prévoir une location avec ou sans option d'achat ou une vente avec option de rachat.
- Identifier un mode de paiement alternatif au paiement en argent : échanges de services, paiement en nature, etc.

4.3. L'inexécution du contrat

4.3.1. Prévoir conventionnellement les sanctions

En cas d'inexécution contractuelle, la partie lésée pourra demander l'exécution forcée, un remboursement ou encore des dommages et intérêts en cas de préjudice.

Le contrat peut toutefois prévoir, avant même la naissance d'un litige, comment celui-ci sera réglé.

4.3.1.1. La clause limitative de responsabilité

Les parties peuvent décider ensemble de limiter leur responsabilité (généralement **le montant de la réparation** en cas de dommages et intérêts).

4.3.1.2. La clause pénale

Prévue à l'article 1226 du Code civil, la clause pénale permet aux parties de **fixer par avance le montant des dommages et intérêts qui seront dus en cas d'inexécution contractuelle**. Ce montant se substituera à toute autre montant demandé en justice : en effet, le juge est tenu d'appliquer cette clause, sauf si le montant stipulé est manifestement excessif ou dérisoire.

POURQUOI INTEGRER CE GENRE DE CLAUSES DANS LE CONTRAT MOBILISANT LE REFERENTIEL EFC ?

Ce genre de clause est très utile pour maîtriser les conséquences d'un litige entre les parties : en se réservant le soin de prévoir les sanctions potentielles, les parties peuvent éviter les rapports de force jugés trop « brutaux ».

La clause **limitative de responsabilité** permet de contrôler les conséquences d'une inexécution et d'éviter que, lorsque les parties ont basé leur contrat sur la confiance et la flexibilité, l'une d'entre elles décide de « ne plus jouer le jeu » et d'aller en justice.

La **clause pénale** permet :

- de régler le sort de l'inexécution contractuelle sans avoir à passer par un tiers (médiateur ou tribunal),
- et d'éviter un aléa sur le calcul des dommages et intérêts. Le montant prévu pourra donc être soit plus élevé, soit moins élevé que le montant réel des préjudices subis. Elle peut être utile en cas d'inexécution, et permet d'éviter le recours au juge.

4.3.2. La résolution amiable des litiges

Parfois, malgré les efforts et la bonne volonté de tous, les difficultés ne sont ni purgées, ni réglées au cours du contrat et donnent lieu à des différends.

La plupart du temps, ces différends naissent en raison d'une **défaillance d'une partie dans sa prestation** (par exemple, le prestataire de service refuse d'exécuter sa mission malgré les négociations ou concessions).

La réponse classique est l'envoi d'un courrier de mise en demeure avant assignation en justice.

Dans le cadre de l'EFC, **cette solution peut être adoucie**, en raison même de la proximité des parties entre elles, et de leur engagement à coopérer.

Il est de plus en plus fréquent de prévoir une **procédure de tentative de résolution amiable** entre les parties. C'est d'ailleurs une solution consacrée par le Code de procédure civile puisque tout litige de moins de 5000 euros doit faire l'objet d'une conciliation préalable à la saisine du juge (art. 750 CPC).

La clause la consacrant devra prévoir les modalités selon lesquelles les parties entendent discuter :

- nomination d'un médiateur parmi les parties, ou nomination d'un tiers (conciliateur, médiateur, arbitre, accompagnateur EFC...),
- délai qu'elles se laissent pour aboutir à une solution, ou encore diligences à accomplir avant discussion (comme l'envoi d'un courrier).

Limite : Dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, la clause qui contraint ce dernier à recourir obligatoirement à un mode alternatif de règlement des litiges avant la saisine du juge, est présumée abusive, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire (C.Cass., Civ. 3ème, 19 Janvier 2022, n°21-11095).

Sigles et acronymes

ADEME : Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie

ATEMIS : Analyse du Travail Et des Mutations des Industries et des Services)

COOP'TER : Territoires de Services et de Coopérations

EFC : Économie de la Fonctionnalité et de la Coopération

L'ADEME EN BREF

À l'ADEME - l'Agence de la transition écologique - , nous sommes résolument engagés dans la lutte contre le réchauffement climatique et la dégradation des ressources.

Sur tous les fronts, nous mobilisons les citoyens, les acteurs économiques et les territoires, leur donnons les moyens de progresser vers une société économe en ressources, plus sobre en carbone, plus juste et harmonieuse.

Dans tous les domaines - énergie, économie circulaire, alimentation, mobilité, qualité de l'air, adaptation au changement climatique, sols... - nous conseillons, facilitons et aidons au financement de nombreux projets, de la recherche jusqu'au partage des solutions.

À tous les niveaux, nous mettons nos capacités d'expertise et de prospective au service des politiques publiques.

L'ADEME est un établissement public sous la tutelle du ministère de la Transition écologique et de la Cohésion des territoires, du ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique et du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.

LES COLLECTIONS DE L'ADEME



FAITS ET CHIFFRES

L'ADEME référent : Elle fournit des analyses objectives à partir d'indicateurs chiffrés régulièrement mis à jour.



CLÉS POUR AGIR

L'ADEME facilitateur : Elle élabore des guides pratiques pour aider les acteurs à mettre en œuvre leurs projets de façon méthodique et/ou en conformité avec la réglementation.



ILS L'ONT FAIT

L'ADEME catalyseur : Les acteurs témoignent de leurs expériences et partagent leur savoir-faire.



EXPERTISES

L'ADEME expert : Elle rend compte des résultats de recherches, études et réalisations collectives menées sous son regard.



HORIZONS

L'ADEME tournée vers l'avenir : Elle propose une vision prospective et réaliste des enjeux de la transition énergétique et écologique, pour un futur désirable à construire ensemble.



EXPERTISES

CONTRATS ET ECONOMIE DE LA FONCTIONNALITE ET DE LA COOPERATION

Cette note juridique a été élaborée par le cabinet d'avocats SKOV dans le cadre d'un atelier organisé au sein du programme COOP'TER, piloté par l'ADEME. L'atelier visait à apporter des solutions concrètes afin d'encadrer la contractualisation dans le contexte de l'Économie de la Fonctionnalité et de la Coopération (EFC).

L'EFC se distingue des modèles économiques traditionnels en favorisant une approche servicielle et coopérative pour répondre aux défis sociétaux et environnementaux. Elle repose principalement sur la flexibilité, l'agilité et la coopération entre parties.

A ce titre, les pilotes de projets et accompagnateurs de démarche EFC ont exprimé des difficultés à intégrer l'EFC dans le système juridique actuel, et notamment dans la pratique contractuelle.

Cette note explore comment les contrats peuvent être adaptés pour refléter les objectifs et les méthodes de l'EFC, en tenant compte des limites légales et réglementaires et propose des solutions pratiques, telles que l'introduction de la flexibilité dans l'exécution des obligations contractuelles, la consécration de la logique servicielle, l'adoption de clauses spécifiques pour acter la coopération et anticiper les difficultés.