

Repères

RLC 3092

Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligations



Par Jean-Christophe
GRALL
Avocat à la Cour
Grall & Associés



Et Guillaume
MALLEN
Avocat à la Cour –
Docteur en droit
Grall & Associés

Depuis sa création en 2008, le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce a connu une affirmation progressive en permettant la répression de comportements déséquilibrés notables commis à l'encontre des fournisseurs. Mais cette notion n'est plus l'apanage du code de commerce. En effet, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et entrée en vigueur le 1^{er} octobre dernier, a introduit dans le Code civil un article 1171 qui sanctionne, dans les contrats d'adhésion, toute clause créatrice d'un déséquilibre significatif.

La loi de modernisation de l'économie (ci-après, la « LME ») du 4 août 2008 a procédé à de profonds bouleversements en droit des pratiques restrictives de concurrence. Elle a, ainsi, abrogé l'ancien article L. 442-6, I, 2° b) du code de commerce qui sanctionnait l'abus de relation de dépendance et de puissance d'achat ou de vente. Elle a aussi supprimé l'interdiction des discriminations abusives prévue à l'ancien article L. 442-6, I, 1^o dudit code, libéralisant ainsi les négociations entre les fournisseurs et les distributeurs. Mais en contrepartie de cette plus grande liberté, la LME a instauré un garde-fou en créant, dans le catalogue à la Prévert que constitue l'article L. 442-6, I du code de commerce, une nouvelle pratique commerciale restrictive : le « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

L'introduction du « déséquilibre significatif » en droit des pratiques restrictives de concurrence ne s'est pas faite sans heurts, suscitant les plus vives réactions, parfois même exagérées, de la part des commentateurs. Les critiques les plus aiguës concernaient, plus précisément, l'atteinte portée à la liberté contractuelle. Alors que certains auteurs s'interrogeaient sur la pertinence d'une telle disposition⁽¹⁾, d'autres n'hésitaient pas à la comparer à un « monstre juridique »⁽²⁾, une « machine à hacher le

- (1) M. Malaurie-Vignal, La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif, Contrats conc. consom. 2008, n° 238.
(2) Cl. Lucas de Leyssac et M. Chagny, Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique, RDC 2009, p. 1268.

droit »⁽³⁾, voire même à une « arme de destruction massive des contrats »⁽⁴⁾.

En dépit de ces critiques, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce fut rapidement exploité, notamment par le ministre Hervé Novelli qui, en novembre 2009, a assigné 9 grandes enseignes de la distribution. Ce sont d'ailleurs les « assignations Novelli » qui ont donné lieu aux premières décisions de condamnation en jurisprudence. La disposition a également fait le bonheur des opérateurs économiques, devenant ainsi la « pratique restrictive de concurrence » la plus invoquée par les justiciables, juste après la « rupture brutale des relations commerciales établies ».

Huit années se sont écoulées depuis l'adoption de ce texte et force est de constater que la plupart des craintes qui lui étaient adressées se sont aujourd'hui quelque peu dissipées⁽⁵⁾. Cet apaisement provient sans doute des décisions rendues en 2015 par la Cour de cassation qui, pour la première fois, a livré son interprétation de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Il en ressort que, dans l'ensemble, les juges ont procédé à une application pragmatique et raisonnée des pouvoirs que le législateur leur avait octroyés.

Au regard de la jurisprudence récente, il est permis de dire que le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce s'affirme progressivement en droit français, ce qui permet de mieux cerner ses contours et ses caractéristiques principales (I). Indépendamment de ce texte, la notion de « déséquilibre significatif » fait désormais partie intégrante du droit commun des obligations, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats ayant introduit à l'article 1171 nouveau du code civil un mécanisme permettant de sanctionner les clauses porteuses d'un déséquilibre significatif. Cette appréhension inédite des déséquilibres contractuels sur le terrain du droit commun des obligations suscite des questionnements (II).

I. – L'affirmation progressive du déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence

Même s'il apparaît superfétatoire de le rappeler, l'article L. 442-6, I, 2° prévoit qu'« engage la responsabilité

(3) M. Behar-Touchais, Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit » ?, RLC 2010/23, n° 1584.

(4) M. Chagny, Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ?, Contrats conc. consom. 2008, alerte 70.

(5) En ce sens : A. Riera, Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence et en droit des obligations : une notion, deux régimes, RLC 2016/52, n° 3004.

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

La jurisprudence rendue depuis 8 ans sur le fondement du déséquilibre significatif du code de commerce a été très abondante, comblant ainsi les lacunes du législateur, notamment l'absence de définition légale de la notion⁽⁶⁾. On ne compte plus, également, les nombreuses études menées à son sujet.

Mais s'il est possible d'évoquer de façon générale une affirmation progressive du déséquilibre significatif en droit français, ce premier constat doit être immédiatement tempéré par l'aspect répressif dual que revêt l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. En effet, une distinction doit s'opérer dans l'analyse de la jurisprudence entre les décisions dans lesquelles le ministre de l'Économie est partie prenante à la procédure et celles où l'action est introduite à l'initiative des seuls opérateurs économiques.

Cette différence révèle que si l'affirmation du déséquilibre significatif est progressive, elle ne se fait pas dans des conditions analogues selon le type de contentieux, surtout si les choses sont envisagées sous le prisme de l'efficience.

S'agissant du contentieux rendu à l'initiative du ministre de l'Économie, il faut rappeler que l'article L. 442-6, III, du code de commerce accorde à ce dernier des prérogatives importantes pour lutter contre des clauses et/ou des pratiques qu'il considérerait comme contraires à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Les moyens d'action mis à sa disposition sont généraux et ont, par nature, vocation à s'appliquer dans des contentieux portant sur tous les secteurs de la vie économique tels que, bien évidemment, la grande distribution mais pas seulement. Pourtant, dans la grande majorité des cas, les moyens dont il dispose sont mobilisés uniquement à l'encontre de la grande distribution, notamment alimentaire. Ce contentieux est redoutablement efficace et la très grande majorité des décisions rendues retient le déséquilibre significatif.

À ce contentieux d'envergure, s'oppose le contentieux dont l'initiative revient aux seuls opérateurs économiques et dans lequel le ministre de l'Économie s'abstient de toute intervention. Le justiciable ne dispose pas alors de l'appui de ce dernier et, par ricochet, de ses moyens d'actions qui, d'ailleurs, ne lui sont pas octroyés. Volumineux,

(6) V. sur ce point la validation de la notion de « déséquilibre significatif » par le Conseil constitutionnel jugeant que celle-ci est conforme aux principes constitutionnels : Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC.

ce contentieux pèche par son incohérence ou son lachisme dans la motivation de certaines décisions. Il met également en lumière des secteurs de la vie économique bien éloignés des préoccupations initiales du législateur. Ce contentieux est infiniment plus contrasté et les juges du fond font preuve d'une grande sévérité en rejetant de façon quasi-systématique le déséquilibre significatif.

A. – L'affirmation progressive et efficace du déséquilibre significatif : le contentieux à l'initiative du ministre de l'Économie

L'article L. 442-6, III du code de commerce accorde au ministre de l'Économie la possibilité d'introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale. À l'occasion de cette action, il peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques litigieuses, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et des dommages et intérêts. En outre, il peut demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros⁽⁷⁾, ce montant étant passé à 5 millions d'euros depuis l'adoption en lecture définitive par l'Assemblée nationale du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dit « Sapin II »).

Pour l'année 2015, 10 décisions concernant le déséquilibre significatif ont été rendues dans des contentieux ayant pour origine une action du ministre de l'Économie⁽⁸⁾. Pour l'année 2016 (et à l'heure où nous écrivons cet article), une seule décision a été rendue par la Cour de cassation dans le cadre du contentieux du ministre de l'Économie.

L'analyse de la jurisprudence récente, notamment les décisions rendues par la Cour de cassation, est intéressante et donne certains éclairages sur l'analyse du déséquilibre significatif. Cette jurisprudence permet de cerner avec acuité l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce dans ses composantes.

Nous ne prétendons pas procéder à une analyse exhaustive de l'ensemble de la jurisprudence récente. Une analyse des thèmes majeurs nous paraît préférable afin de souligner l'efficacité de la disposition dans le cadre du contentieux rendu à l'initiative du ministre de l'Économie.

-
- (7) Notons que cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.
- (8) Bilan DGGCRF mai 2016 : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2015_dgccrf.pdf.

→ Une appréciation pragmatique de la notion de soumission du partenaire faible au contrat

Pour qu'il y ait déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, il faut l'existence d'un nécessaire rapport de force. Le partenaire doit soumettre ou tenter de soumettre l'autre à des obligations qui sont significativement déséquilibrées dans les droits et obligations des parties.

Rappelons que cette notion a été identifiée par la cour d'appel de Paris au fait « d'imposer »⁽⁹⁾ ou tenter d'imposer ou encore de « faire peser ou tenter de faire peser sur un partenaire commercial, du fait du déséquilibre du rapport de force existant entre les parties, des obligations injustifiées et non réciproques »⁽¹⁰⁾. Cette notion, qui caractérise l'élément moral du comportement sanctionné, ne s'identifie pas à une contrainte irrésistible et ne requiert pas nécessairement l'existence de pressions sur le partenaire faible.

Si ces décisions rendues par la cour d'appel de Paris prônaient une conception extensive de la soumission, une frange de la doctrine s'était interrogée sur le fait de savoir si la notion de « soumission » devait être appréciée de façon « psychologique », supposant alors la nécessaire démonstration d'une contrainte voire d'une position dominante ou quasi-dominante pour retenir la soumission à un contrat déséquilibré, ou si elle devait être retenue dès lors qu'une clause déséquilibrée est intégrée dans un contrat d'adhésion⁽¹¹⁾.

C'est cette seconde approche que la chambre commerciale de la Cour de cassation a retenue dans son arrêt du 27 mai 2015 en jugeant que : « Mais attendu qu'ayant constaté que les clauses litigieuses étaient insérées dans tous les contrats signés par les fournisseurs, lesquels ne disposaient pas du pouvoir réel de les négocier, et relevé que les fournisseurs, dont seuls 3 % étaient des grands groupes, ne pouvaient pas prendre le risque d'être déréférencés par le GALEC qui détenait, en 2009, 16,9 % des parts du marché de la distribution, la cour d'appel, qui n'a pas procédé par affirmation générale, a pu en déduire que les fournisseurs avaient été soumis aux exigences du GALEC, caractérisant ainsi l'existence d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce »⁽¹²⁾.

Dans l'affaire *Darty*, la cour d'appel de Paris a confirmé le 25 novembre 2015 le jugement rendu par le tribunal de commerce de Bobigny le 29 mai 2012 qui avait condamné l'enseigne à propos de clauses de protection de stock et de mévente des produits contenues dans les

(9) CA Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166.

(10) CA Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336.

(11) <http://www.lexcellis-avocats.fr/article-nouvel-arret-sur-les-clauses-desequilibrees-hamon-1-leclerc-0-122285536.html>.

(12) Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, Bull. civ. IV, n° 87.

Pratiques restrictives de concurrence

contrats conclus avec ses fournisseurs d'équipements audiovisuels, électroniques ou électroménagers. Notons que Darty utilisait des contrats-types qui ne faisaient l'objet d'aucune négociation avec ses partenaires. Dans sa décision, la cour d'appel de Paris a rappelé que la soumission ou la tentative de soumission n'était pas subordonnée à la preuve de l'existence de pressions ou de contraintes mais qu'elle résultait de l'insertion même de ces clauses dans les contrats intervenus entre des parties dont la puissance n'est pas la même selon des modalités qui traduisent l'absence de marge de négociation pour les fournisseurs. En l'espèce, plusieurs éléments ont été pris en considération par les juges du fond pour démontrer l'existence de la soumission tels que la puissance de négociation incontestable de Darty, la rédaction même des clauses litigieuses ou encore, s'agissant de la clause de mévante des produits, l'absence de « véritable discussion » entre Darty et ses fournisseurs à son sujet et l'absence d'intérêt manifeste pour le fournisseur à l'insertion d'une telle clause (démontrant ainsi qu'elle lui avait été nécessairement imposée)⁽¹³⁾.

Plus récemment, dans un arrêt du 4 octobre 2016, la Cour de cassation a confirmé l'analyse de la cour d'appel de Paris qui, par un arrêt du 1^{er} octobre 2014, avait condamné les sociétés du groupe Carrefour à raison de certaines clauses contenues dans les contrats conclus avec les fournisseurs. À l'appui de son pourvoi, le groupe Carrefour reprochait, notamment, à la cour d'appel d'avoir purement et simplement interdit, quelle que soit la personne du fournisseur, l'insertion de certaines clauses dans ses contrats, sans se livrer à une analyse concrète et globale des contrats en cause permettant d'évaluer les rapports de force en présence et, *in fine*, pour déduire l'existence ou non d'une tentative de soumission ou d'une soumission d'une partie à l'autre. L'enseigne prétendait que la cour d'appel de Paris s'était fondée sur des « *considérations générales affranchies de tout examen casuistique concret et tirées de la structure du secteur de la distribution et de l'hétérogénéité des fournisseurs* ». En outre, Carrefour estimait que certains fournisseurs n'étaient pas en position de faiblesse à son égard et qu'ils disposaient d'une possibilité effective de négocier. Or, en se dispensant de rechercher, « *ainsi qu'elle y était invitée, si certains fournisseurs ne pouvaient, par leur puissance économique, le nombre important de références de produits qu'ils proposent et, pour certaines d'entre elles, leur caractère incontournable, rendre impossible au distributeur d'envisager leur déréférencement, de telle sorte que le rapport de force avec ce dernier s'en trouvait, sinon inversé, à tout le moins équilibré, la cour d'appel, qui a néanmoins fait interdiction au distributeur d'insérer certaines clauses dans les conditions générales d'approvisionnement et la convention de partenariat, le plaçant ainsi dans une situation de net désavantage, n'a pas léga-*

lement justifié sa décision au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, ensemble le principe de la liberté contractuelle ». Carrefour estimait enfin que le déséquilibre significatif ne pouvait se déduire que de l'examen d'un contrat finalisé et conclu et non d'un contrat-type qui n'a pas nécessairement vocation à être signé en l'état.

Rejetant les préentions du groupe Carrefour, la Cour de cassation estime, d'une part, que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce peut s'appliquer à un contrat-type proposé à des fournisseurs et, d'autre part, que les sociétés du groupe Carrefour, n'ayant pas allégué que certains des fournisseurs, à raison de leur puissance économique, du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incontournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations, la cour d'appel a en conséquence pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce⁽¹⁴⁾.

Précisons toutefois que le fait de proposer à ses partenaires un contrat-type n'aboutit pas, *ipso facto*, à la caractérisation d'un acte positif de soumission qui pourrait aboutir à la démonstration d'un déséquilibre significatif. La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) a d'ailleurs indiqué que le fait de proposer des clauses pré-rédigées n'est pas interdit dès lors que celles-ci peuvent être modifiées à l'issue d'une réelle négociation entre les parties⁽¹⁵⁾.

→ *La confirmation de la méthode d'appréciation globale du déséquilibre significatif*

La question s'est posée de façon récurrente. L'appréciation du déséquilibre significatif devait-elle être faite clause par clause ou devait-elle aboutir à une analyse plus globale de l'ensemble contractuel ?

Les juges du fond avaient eu tendance à procéder à une analyse globale afin de prendre de la hauteur dans l'appréciation du déséquilibre significatif et de ne le sanctionner que si l'ensemble des prévisions du contrat convergeait vers une asymétrie. D'ailleurs, le 6 décembre 2013, le tribunal de commerce d'Évry a défendu cette position en faisant grief au ministre de l'Économie d'avoir considéré que « *le déséquilibre significatif du contrat proviendrait de clauses considérées isolément, dont la force ou la nocivité seraient telles qu'elles pourraient à elles seules, peu importent les autres clauses du contrat, déséquilibrer l'ensemble* ». En l'espèce, la juridiction consulaire a pris le soin d'indiquer qu'il ressort clairement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce que « *le déséquilibre prohibé*

(13) CA Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513, pourvoi en cours.

(14) Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013.

(15) CEPC, 1^{er} janv. 2009, avis n° 09-05, question n° 09020501.

doit s'apprécier au niveau des "droits et obligations des parties" c'est-à-dire de l'ensemble du contrat »⁽¹⁶⁾.

C'est bien cette analyse globale et concrète du contrat pour caractériser le déséquilibre significatif qui a été retenue par la Cour de cassation. Par deux arrêts rendus le 3 mars 2015 dans les affaires *Eurauchan*⁽¹⁷⁾ et *Provera*⁽¹⁸⁾, la Cour de cassation a prononcé une appréciation des clauses dans leur contexte, au regard de l'économie générale du contrat.

Ainsi, dans l'affaire *Eurauchan*, la Cour de cassation a jugé « *qu'il [l'arrêt d'appel] retient enfin, après avoir rappelé qu'il appartient à la société Eurauchan de démontrer que la modification des autres clauses, à l'issue de la négociation invoquée, a permis de rééquilibrer le contrat, que celle-ci ne l'établit pas ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve et n'était pas tenue de répondre au moyen inopérant invoqué par la deuxième branche et qui a procédé à une appréciation concrète et globale des contrats en cause, a caractérisé le déséquilibre significatif auquel la société Eurauchan a soumis ses fournisseurs* ».

Il sera noté que dans l'affaire *Provera*, la Cour de cassation a également approuvé la cour d'appel d'avoir tenu compte du contexte dans lequel le contrat était conclu ou proposé à la négociation et précisé qu'elle n'était pas tenue de rechercher **les effets précis du déséquilibre significatif** : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de deux clauses litigieuses, qu'aucune autre stipulation ne permettait de corriger, et constaté qu'aucune suite n'était donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier, la cour d'appel, qui a procédé à une analyse globale et concrète du contrat et apprécié le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation, et qui n'était pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif auquel la société Provera avait soumis ou tenté de soumettre ses partenaires, a satisfait aux exigences de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce* ».

Dans ces deux affaires, la sanction du déséquilibre significatif concernait des contrats d'adhésion sur lesquels une des parties n'avait aucune prise quant à une potentielle modification et/ou évolution des stipulations qu'ils contiennent.

Le 29 septembre 2015, la Cour de cassation a confirmé sa solution d'appréciation globale de l'équilibre du contrat. Elle a ainsi approuvé la cour d'appel qui avait constaté que la société EMC n'invoquait pas des avantages permet-

tant de compenser la charge de reprise des invendus et ne démontrait pas la possibilité pour les fournisseurs de négocier des exceptions à cette clause. En outre, la société incriminée ne démontrait pas non plus que la stipulation litigieuse était nécessaire à l'équilibre de la convention ou que le déséquilibre était compensé par d'autres dispositions du contrat⁽¹⁹⁾.

Notons que dans les solutions précitées, la Cour de cassation approuve la méthodologie des juges du fond qui acceptent de vérifier **le possible rééquilibrage du contrat par d'autres clauses**. Mais dans ce cas, c'est à l'auteur du déséquilibre de prouver que le déséquilibre généré par une ou plusieurs clauses est rééquilibré au travers d'autres clauses du contrat.

Au regard de cette méthode d'analyse, il est permis de dire qu'une clause qui crée un déséquilibre significatif dans un contrat peut parfaitement être licite dans un autre contrat si celui-ci comporte des stipulations permettant de procéder à un juste rééquilibrage.

→ **Sur les obligations créatrices d'un déséquilibre significatif**

La jurisprudence de la cour d'appel de Paris a eu l'occasion de se prononcer quant aux obligations créatrices d'un déséquilibre significatif. Ainsi, il a été considéré, d'une part, que « *le déséquilibre significatif peut être établi par l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties* »⁽²⁰⁾ et, d'autre part, que « *des clauses prévoyant des obligations ou des avantages injustifiés, sans contrepartie ou sans motif légitime* » peuvent entraîner un déséquilibre significatif⁽²¹⁾. Parallèlement, la CEPC a indiqué, dans son avis n° 14-06 que l'*« obligation défavorable, sans réciprocité ni contrepartie véritable ou justification objective »* est assimilée à une clause entraînant un déséquilibre au même titre que la clause qui confère à l'un des contractants, et à lui seul, un pouvoir unilatéral laissé à la discrétion de cette même partie.

C'est bien l'absence de contrepartie ou la contrepartie disproportionnée ou l'absence de réciprocité des dispositions contestées qui sont les critères décisifs en vue d'appréhender la notion de déséquilibre significatif (et qui constituent une preuve du déséquilibre).

(16) T. com. Evry, 6 févr. 2013, n° 2009F00727.

(17) Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.

(18) Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907.

(19) Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043.

(20) CA Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059 ; CA Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336.

(21) CA Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336.

Pratiques restrictives de concurrence

Les décisions rendues par la Cour de cassation en 2015 et 2016 n'ont pas bouleversé cette analyse et se fondent sur les critères précités. Ont, notamment, pu être jugées comme constitutives d'un déséquilibre significatif ou confirmées comme telles par la Cour de cassation les clauses suivantes :

- la **clause de garantie de rotation de stock** par laquelle un fournisseur s'engage à avoir une couverture de stock inférieure ou égale à ses délais de paiement et à reprendre les produits de faible rotation. Cette clause institue une « *contrainte pour le seul fournisseur dans la mesure où le distributeur [Bricorama] se garde bien de prévoir un paiement accéléré des produits dont la rotation est très rapide (...)* ». En outre, la « *rotation du stock (...) n'est pas de la seule responsabilité du fournisseur mais également [du distributeur]* ». Les termes de la clause sont déséquilibrés et sa nullité doit être prononcée⁽²²⁾ ;
- la **clause de protection de stock** et la **clause de mévente des produits** qui « *font supporter automatiquement l'intégralité de la charge du risque commercial (diminution du prix, mévente) sur le fournisseur alors qu'à la suite du contrat de vente de son produit au profit de Darty, le fournisseur ne maîtrise plus le devenir de celui-ci sur le marché* »⁽²³⁾ ;
- l'**intangibilité des conditions générales d'achat (CGA)** d'un distributeur, leur **systématisation** et l'**inversion de l'initiative de la négociation** prévue par l'**article L. 441-6 du code de commerce** qui doit, par principe, relever du fournisseur et non du distributeur⁽²⁴⁾ ;
- la **clause imposant aux fournisseurs un délai de 30 jours pour le règlement des prestations de services de coopération commerciale à compter de la date d'envoi de la facture alors que le paiement des marchandises par le distributeur auprès de ces même fournisseurs s'effectue dans des délais beaucoup plus longs (30, 45, 50 ou 60 jours)** et le fait que cette clause soit systématique, qu'il n'y ait aucune négociation à son sujet et qu'elle aboutisse à créer un véritable écart dans les délais de paiement entre les parties. En l'espèce, le distributeur (le Galec) ne justifiait pas que d'autres clauses du contrat permettaient de rééquilibrer les obligations des parties. Dès lors, compte tenu de ces éléments, une telle distorsion entre le Galec et ses fournisseurs résultant de la clause de délai de 30 jours imposée à ces derniers est constitutive d'un déséquilibre significatif⁽²⁵⁾ ;

(22) T. com. Paris, 3 nov. 2015, n° 2013030835, SOFOC c/ Bricorama.

(23) CA Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513.

(24) Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387.

(25) Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387.

- l'**exclusion d'office de tout escompte pour le paiement anticipé des prestations de services et ristournes, imposée aux fournisseurs, alors même que certains contrats prévoient l'existence d'un escompte en faveur du distributeur et ce, sans réciprocité en faveur des fournisseurs**⁽²⁶⁾ ;
- la **clause par laquelle le distributeur est garanti par son fournisseur contre toute détérioration par les clients du magasin des produits faisant l'objet d'une promotion**, opérant ainsi un « *véritable transfert des risques inhérents à la mise en vente de ces produits, dont le distributeur doit assumer la charge* »⁽²⁷⁾ ;
- la **clause permettant au distributeur de déréférer son fournisseur unilatéralement, sans préavis ni indemnisation en raison d'une sous-performance du produit** alors que celle-ci est directement liée aux conditions dans lesquelles le distributeur le présente à la vente⁽²⁸⁾ ;
- la **clause permettant au distributeur de facturer ses prestations avant même leur réalisation quand ses achats sont payés de 30 à 60 jours après réception des marchandises**, les délais impartis pour le règlement des marchandises du fournisseur étant négociables tandis que ceux impartis pour le paiement des prestations du distributeur restent intangibles⁽²⁹⁾ ;
- l'**obligation faite par le distributeur à ses fournisseurs de lui verser des ristournes de fin d'année (RFA) calculées sans aucune contrepartie ou en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires sous-estimé**⁽³⁰⁾ ;
- l'**obligation à la charge des fournisseurs de verser au distributeur des acomptes mensuels prévisionnels de ristournes avant que celui-ci ne paie les marchandises qui lui sont livrées**⁽³¹⁾ ;
- la **clause de révision des tarifs pour laquelle il n'existe aucune réciprocité dans ses conditions de mise en œuvre selon que l'initiative en revient au distributeur ou aux fournisseurs**, la baisse de tarif initiée par le distributeur rendant systématique et immédiate la dénonciation de l'accord et emportant obligation de renégocier, tandis que les fournisseurs doivent justifier d'éléments « *objectifs sur la base desquels ils entendent procéder à une augmentation* », toute modification devant recueillir le consentement du distributeur, sans que la teneur de ces éléments objectifs soit connue⁽³²⁾ ;

(26) Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387.

(27) Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387.

(28) Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907.

(29) Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907.

(30) CA Paris, 1^{er} juill. 2015, n° 13/19251.

(31) CA Paris, 1^{er} juill. 2015, n° 13/19251.

(32) Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.

- la clause relative au taux de service dont le caractère est général et imprécis et qui prévoit un système automatique de pénalité en cas de non-respect par les fournisseurs d'un taux de service minimum, entraînant ainsi une disproportion entre le manquement invoqué et la sanction prononcée qui est dépourvue de réciprocité et de contrepartie et pour laquelle le critère d'application est inconnu⁽³³⁾ ;
- les clauses accordant au distributeur la prérogative d'annuler la commande, de refuser la livraison en totalité ou en partie, en laissant tous les frais à la charge du fournisseur, et de demander réparation du préjudice subi, en cas de retard d'une heure, voire d'une demi-heure pour les produits frais et en « flux tendus », ce dispositif se cumulant avec des pénalités financières alors même que le distributeur s'engage seulement à tout mettre en œuvre afin de respecter les horaires définis dans la prise de rendez-vous, dans une fourchette d'une heure maximum au-delà de l'heure fixée, le principe de dédommagement des surcoûts engendrés par le retard dû à son propre fait s'établissant sur la base d'une négociation préalable avec le fournisseur⁽³⁴⁾. Au regard des éléments d'espèce, la Cour de cassation a jugé que le dispositif faisait ressortir une absence de réciprocité et une disproportion entre les obligations des parties, qu'aucun impératif ne permettait de justifier ;
- la clause autorisant le distributeur à refuser une marchandise dont la date limite de consommation (DLC), ou la date limite d'utilisation optimale (DLUO), est identique à celle figurant sur les produits précédemment livrés par le fournisseur. Une telle clause fait ressortir une disproportion dans les droits des parties que les impératifs de sécurité et de fraîcheur des produits, comme le risque de désorganisation des entrepôts ou des magasins ne justifient pas⁽³⁵⁾ ;
- la clause prévoyant que les prestations de coopération commerciale fournies par le distributeur sont calculées à partir d'un pourcentage estimé du chiffre d'affaires, qu'elles sont payées par les fournisseurs, non lors de leur réalisation, mais suivant un calendrier d'acomptes mensuels, et que les factures d'acompte liées à ces prestations sont payables à 30 jours, tandis que les fournisseurs sont réglés dans un délai de 45 jours pour les produits non alimentaires. Cette situation crée un solde commercial à la charge du fournisseur, source d'un déséqui-

libre significatif, peu important que les délais de paiement concernent des obligations différentes⁽³⁶⁾.

→ *La confirmation de la pleine autonomie et de l'étendue de l'action du ministre de l'Économie*

La jurisprudence récente conforte la **nature autonome de l'action dévolue au ministre de l'Économie** et sa nécessaire **distinction avec l'action des fournisseurs**.

S'inscrivant dans le sillage des deux arrêts fondateurs de 2008⁽³⁷⁾, la cour d'appel de Paris, le 1^{er} juillet 2015, a rappelé dans l'affaire Galec que l'action du ministre de l'Économie et celle des fournisseurs sont « *des actions autonomes, l'action du ministre, qui agit en défense de l'ordre public économique et pour la protection du fonctionnement du marché et de la concurrence afin de faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public, ne se substitue pas à celle des partenaires commerciaux, qui agissent pour la défense de leurs intérêts particuliers* ».

Dès lors, contrairement aux prétentions du Galec, l'exercice par le ministre de l'Économie d'une action en justice sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, III du code de commerce **ne prive pas le fournisseur de son droit d'ester en justice à titre principal sur le même fondement**. Le fait que le ministre et le fournisseur puissent présenter les mêmes demandes ne rend pas irrecevable l'action exercée par le fournisseur, même si cette action est intentée postérieurement à celle du ministre. Conformément aux dispositions de l'article 329 du code de procédure civile, le fournisseur peut soit intervenir à titre principal, afin d'élever une prétention à son profit, peu important que ses demandes soient les mêmes que celles du ministre, l'office du juge étant de statuer sur les demandes qui lui sont soumises, soit intervenir à titre accessoire pour soutenir les demandes du ministre.

Les autres questions fondamentales sont celles qui concernent **l'information préalable des fournisseurs lorsque le ministre de l'Économie prend l'initiative de l'action, le contenu précis de cette information et le moment auquel elle doit intervenir**.

La Cour de cassation était amenée à se prononcer sur le fait de savoir si l'action du ministre de l'Économie consistant à demander la cessation des pratiques et le prononcé d'une amende civile devait être soumise, comme la demande en nullité des clauses ou en restitution de l'indu, à l'information préalable des partenaires commerciaux telle que mentionnée par la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel⁽³⁸⁾.

La Cour de cassation tranche par la négative. Dans quatre arrêts d'importance, rendus en 2015, elle a précisé que

(33) Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.

(34) Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013.

(35) Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013.

(36) Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013.

(37) Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761 et n° 07-13.350.

(38) Cons. const., 13 mai 2011, déc. n° 2011-126 QPC.

Pratiques restrictives de concurrence

l'information des fournisseurs était nécessaire « *seulement lorsque l'action engagée par l'autorité publique tend à la nullité des conventions illicites, à la restitution des sommes indûment perçues et à la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés* »^[39].

Par ailleurs, l'information doit être donnée aux fournisseurs en amont, en temps utile, afin qu'ils puissent défendre leurs intérêts en leur permettant soit de former une action à titre principal, soit d'intervenir volontairement à l'instance initiée par le ministre de l'Économie. De plus, cette information doit être précise et comporter certaines indications.

Ainsi, dans l'affaire *Galec* précitée, la cour d'appel de Paris a considéré qu'un premier courrier informant les fournisseurs de « *l'existence de l'action du ministre, de son fondement, des prétentions intéressant les fournisseurs et de la possibilité pour eux d'intervenir à l'instance* », qui plus est complété par un second, présentait des indications « *suffisantes pour garantir le droit à un recours juridictionnel des fournisseurs concernés et leur permettre de prendre position sur la conduite à tenir pour la défense de leurs intérêts, dès lors que le ministre n'a qu'une obligation d'information et qu'il n'attrait pas les fournisseurs au procès ; qu'en conséquence, l'action du ministre est recevable et le jugement doit être confirmé de ce chef* ».

Enfin, dans l'affaire *Darty*, il sera intéressant de constater que la cour d'appel de Paris a indiqué que la délimitation du litige relevait du choix du ministre de l'Économie et a admis qu'il puisse choisir, dans le cadre de l'action à l'encontre des distributeurs, certains contrats plutôt que d'autres^[40].

→ L'application du déséquilibre significatif aux relations commerciales internationales

Il n'est pas question ici d'ouvrir le débat houleux portant sur la qualification de « *loi de police* » des dispositions sanctionnant les pratiques restrictives de concurrence, laquelle est susceptible de faire échec aux prévisions contractuelles des parties quant à la désignation d'un juge compétent ou d'une loi étrangère applicable en cas de litige. Tout au plus, on rappellera que la jurisprudence en matière de « *rupture brutale des relations commerciales établies* » a eu l'occasion, à maintes reprises, de rappeler que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ou, plus globalement, l'ensemble des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce constituent des lois de police faisant ainsi échec à la volonté des parties

(39) Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043 ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 ; Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387.

(40) CA Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513.

et s'imposant au juge français^[41]. Pour parvenir à cette conclusion, les juges du fond – la Cour de cassation ne s'étant jamais prononcée sur cette épingleuse question – se fondent, notamment, sur l'appartenance de ces dispositions à une réglementation relevant de l'ordre public économique ou sur le montant dithyrambique de l'amende civile susceptible d'être prononcée en cas de méconnaissance des dispositions.

Dans trois contentieux internationaux, les juges se sont prononcés en faveur d'une application positive de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et ce, alors même que les parties avaient prévu l'application d'un droit étranger.

Le jugement rendu le 7 mai 2015 par le tribunal de commerce de Paris dans l'affaire *Expedia* a qualifié sans détour l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce de « *loi de police* » au sens de l'article 9 du règlement *Rome I* relatif aux obligations contractuelles. Une telle qualification a permis aux juges consulaires d'écartier la loi anglaise prévue contractuellement par les parties afin d'envisager, à l'aune du droit français, certaines clauses litigieuses contenues dans les contrats conclus entre *Expedia* et les hôteliers^[42].

En l'espèce, après s'être reconnu compétent territorialement et ce, nonobstant l'existence d'une clause attributive de compétence au profit des tribunaux anglais, le tribunal de commerce de Paris a reconnu que la loi applicable au litige était la loi anglaise, rejetant ainsi l'argumentation du ministre qui considérait qu'au regard de la nature délictuelle de son action, il devait être fait application du règlement *Rome II* relatif aux obligations non-contractuelles afin de déterminer le droit applicable et non le règlement *Rome I* relatif aux obligations contractuelles. Le raisonnement du tribunal le conduisait alors à faire application de l'article 3-1 du règlement *Rome I* qui prévoit que le contrat est régi par la loi choisie par les parties, aboutissant, en l'espèce, à la désignation de la loi anglaise. Or, les juges ont considéré que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce pouvait être qualifié de « *loi de police* », au sens de l'article 9 dudit règlement, permettant ainsi de faire échec à la désignation par les parties de la loi anglaise. En effet, cette disposition ne s'attache pas à la protection d'intérêts catégoriels et ne se limite pas au secteur de la grande distribution. Dès lors, pour des *établissements situés en France*, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est « *une disposition dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et écono-*

(41) CA Lyon, 9 sept. 2004, n° 2004/00108 ; CA Rennes, 3 nov. 2009, n° 08/07491 ; CA Toulouse, 22 sept. 2010, n° 10/00787 ; CA Paris, 11 déc. 2013, n° 11/20287 ; CA Grenoble, 5 sept. 2013, n° 10/02122 ; CA Grenoble, 28 mai 2015, n° 12/02016.

(42) T. com., 7 mai 2015, ministre c/ *Expedia*, n° 201500040, J.-Ch. Grall et G. Mallen, Déséquilibre significatif et clause de parité tarifaire : condamnation d'*Expedia* !, RLC 2015/44, n° 2814.

mique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police ». En conséquence, la clause litigieuse par laquelle l'hôtelier doit aligner automatiquement l'offre en ligne sur les meilleures conditions tarifaires qu'il accorde peut être appréciée au regard de la loi de police que constitue l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce.

Bien que moins explicite s'agissant de la qualification de loi de police, un éclairage similaire a été donné dans l'affaire *Booking*⁽⁴³⁾ du 24 mars 2015 dans laquelle le tribunal de commerce de Paris, saisi par le ministre, était amené à se prononcer sur la licéité de certaines clauses des contrats conclus entre une société de droit néerlandais et des hôteliers français. Malgré l'existence d'une clause donnant compétence aux juridictions d'Amsterdam et désignant la loi néerlandaise, le tribunal de commerce de Paris s'est reconnu compétent et a considéré que les dispositions litigieuses devaient être envisagées à l'aune du droit français. En l'espèce, il a été rappelé la nature de l'action du ministre, en l'occurrence une action de « police et de gardien de l'ordre public économique autonome ». Saisie d'un contredit, la cour d'appel de Paris a confirmé, le 15 septembre 2015, l'analyse des juges consulaires⁽⁴⁴⁾.

Enfin, dans l'affaire *Apple*⁽⁴⁵⁾, la cour d'appel de Paris a rejeté l'application de la clause compromissoire prévue dans le contrat conclu avec la société Orange et dont Apple sollicitait l'application, en considérant que l'action du ministre est, au regard de sa nature et de son objet, de celle dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques⁽⁴⁶⁾.

B. – L'affirmation progressive mais contrastée du déséquilibre significatif : le contentieux à l'initiative des seuls opérateurs économiques

Si l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est très fréquemment invoqué dans le cadre du contentieux rendu à l'initiative des seuls opérateurs économiques – ce qui atteste de l'importance que peut revêtir une telle disposition dans l'activité commerciale des entreprises – il n'en demeure pas moins que cette affirmation est très contrastée.

À la consultation du bilan émis par la Faculté de Droit de Montpellier⁽⁴⁷⁾, nous constatons que sur les 32 décisions rendues pour l'année 2015 en dehors de toute intervention du ministre, 31 ont rejeté le déséquilibre significatif,

confirmant ainsi dans plus de 90 % des cas les décisions antérieures. Depuis l'introduction du déséquilibre significatif et selon notre recensement, le contentieux privé n'aura, en réalité, abouti que dans seulement une dizaine de décisions. De tels chiffres contrastent très sensiblement avec les recours initiés par le ministre de l'Économie qui aboutissent à la condamnation des enseignes de la grande distribution. À ce sujet, il peut donc être valablement souligné qu'en dépit de « l'applicabilité du dispositif aux secteurs les plus divers (...), son application effective en dehors du champ de la grande distribution apparaît aujourd'hui anecdotique »⁽⁴⁸⁾.

En outre, si le contentieux à l'initiative du ministre de l'Économie donne lieu à des décisions richement motivées, le contentieux privé est moins uniforme et les décisions ne sont pas ou partiellement motivées. De telles lacunes sont préjudiciables en ce qu'elles ne permettent pas de déceler l'appréciation du juge ni même de déterminer sa méthode d'analyse. Cela s'explique sans doute par la saisine de juridictions peu expérimentées en la matière (pour l'année 2015, la Faculté de droit de Montpellier indique que 15 décisions sur 32 ont été rendues par des juridictions non spécialisées) ou par des situations factuelles dans lesquelles l'absence de déséquilibre était patente.

On peut également penser que les obstacles auxquels est confronté le contentieux des opérateurs économiques privés s'expliquent par la lettre même de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Il convient de rappeler que la disposition a été pensée, conçue et rédigée pour enrayer les abus de la grande distribution⁽⁴⁹⁾. Au regard de ces ambitions, il aurait pu être espéré que le législateur procède à une rédaction restrictive et plus ciblée du texte. Or, c'est bien l'inverse qui s'est produit puisque l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est un texte général ayant vocation à s'appliquer à de nombreuses situations, lesquelles ne rejoignent pas forcément le domaine de la grande distribution. Partant, c'est à raison qu'un auteur a parlé d'une répression du déséquilibre significatif « à deux vitesses »⁽⁵⁰⁾.

→ La prise en compte marginale du déséquilibre significatif

Pour l'année 2015, une seule décision a retenu le déséquilibre significatif. Il s'agit de la surprenante décision *Cuisine pratic* rendue par la cour d'appel de Paris le 18 mars 2015⁽⁵¹⁾. Le litige s'inscrivait dans le cadre d'un réseau de distribution exclusive. En l'espèce, un concédant

(43) T. com., 24 mars 2015, Booking, n° 2014027403.

(44) CA Paris, 15 sept. 2015, n° 15/07435.

(45) CA Paris, 19 mai 2015, n° 15/04775.

(46) Confirmé par : Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811.

(47) Faculté de Droit de Montpellier : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2015_faculte_montpellier.pdf.

(48) Bilan de la Faculté de droit de Montpellier, *op.cit.*, p. 40.

(49) Comme, de son temps, avaient été pensés l'abus de dépendance économique de l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce et l'abus dans la relation de dépendance de l'article L. 442-6, aujourd'hui supprimé.

(50) M. Behar-Touchais, *op. cit.*

(51) CA Paris, 18 mars 2015, n° 12/21497.

Pratiques restrictives de concurrence

avait refusé à l'un de ses concessionnaires de matériel de cuisine la commercialisation d'une gamme spécifique de produits, présentée comme particulièrement innovante, et pour laquelle il avait réalisé de nombreux efforts financiers de communication. Or, au titre du contrat de distribution, le concessionnaire assurait le financement de la promotion de cette gamme en versant au concédant des redevances assises sur un pourcentage de chiffre d'affaires. Le concédant prétendait que ce refus était parfaitement justifié car il avait été opposé, selon lui, à tous les concessionnaires exploitant en parallèle des activités sous des enseignes concurrentes.

Outre le fait que le concédant ne rapportait pas la preuve de l'existence de conditions objectives motivant son refus, la cour d'appel de Paris a noté que la campagne de publicité de dimension nationale menée sur cette nouvelle gamme ne précisait pas une telle restriction. De plus, la gamme de produits en question faisait l'objet d'une publicité sur le site internet du cuisiniste, lequel mentionnait expressément les coordonnées du concessionnaire comme « *centre conseil* » pour le département dans lequel il était implanté. Partant, la société concessionnaire « *devait donc être à même de conseiller les éventuels clients sur cette nouvelle gamme et être dotée de cuisines de cette nouvelle gamme en démonstration ; que [la société concédante] ne donne aucune explication sur ce point et ne fournit aucun exemple d'une autre exclusion pratiquée à l'encontre d'un autre concessionnaire, pour le même motif d'exercice d'une activité concurrente* ». Partant, la cour d'appel de Paris en a conclu que la société concessionnaire « *démontre avoir été désavantagée dans la concurrence, sans raison objective* ».

La cour d'appel de Paris a également relevé que le fait que la société concessionnaire le soit à titre exclusif dans sa zone de chalandise locale ne retire pas la dimension abusive de la pratique qui lui a été opposée par son partenaire. En effet, elle a indiqué que « *tous les membres d'un réseau de distribution se trouvant dans la même situation doivent être traités de manière équivalente et pouvoir ainsi affronter semblablement, dans leur zone de chalandise respective, la concurrence ; qu'en discriminant la société [concessionnaire], la société [concédante] l'a désavantagée par rapport aux autres membres du réseau, confrontés aux réseaux concurrents* ».

Constatant que la campagne publicitaire avait été, en l'espèce, très ambitieuse et médiatique, la cour d'appel a noté par ailleurs que « *le refus de fourniture de cette gamme privait la société [concessionnaire] de ce produit d'appel, extrêmement médiatisé ; qu'il exposait la société à ne pas pouvoir faire face aux demandes des clients dans sa zone d'exclusivité, alors même que la société était mentionnée, sur le site Internet de [la société concédante], comme un centre conseil où ce produit devait être disponible* ».

Dès lors, le refus opposé à la société concessionnaire constituait bien, en l'espèce, un déséquilibre significatif

car elle se trouvait alors « *exclue sans raison objective d'une gamme à laquelle les autres concessionnaires avaient accès et était, ainsi, privée des avantages attendus de son appartenance au réseau* ». En exigeant des redevances de publicité de la société concessionnaire, « *alors que celle-ci était placée dans l'impossibilité de vendre la gamme à la mode et qui faisait l'objet d'une campagne publicitaire importante, [la société concédante] n'a fait qu'accentuer cette situation de déséquilibre* ». Le concédant est alors condamné à hauteur de 50 000 euros.

Tout d'abord, nous constaterons qu'en l'espèce, le déséquilibre significatif ne concernait pas une clause (ce qui est majoritairement le cas) mais un comportement unilatéral du partenaire réputé « fort » au détriment de la partie faible. Précisons également que cette décision s'inscrit dans le cadre de la distribution alors même que le plus souvent le contentieux « hors ministre » met en lumière des secteurs d'activité très éloignés de la grande distribution.

Le cœur de la décision résidait dans le fait que le comportement sanctionné était un refus de vente, constituant la forme la plus aboutie de discrimination, notion à laquelle fait expressément référence l'arrêt de la cour d'appel de Paris. Or, la discrimination abusive a été abrogée en droit français par la LME qui a posé le principe de libre négociabilité. Dès lors, la solution d'espèce apparaît déroutante voire même critiquable sur le terrain de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce en ce qu'elle réintroduit, peu ou prou, un contrôle de la discrimination⁽⁵²⁾.

D'ailleurs, dans les attendus précités, on constate, de façon flagrante, que la cour d'appel de Paris n'hésite pas à utiliser les notions de « discrimination », de « désavantage » et de « traitement équivalent », ce qui ferait présumer d'un retour dans le passé. Par ailleurs, une telle solution heurte, à notre sens, la grille d'analyse du déséquilibre significatif qui ne s'apprécie que dans les « *droits et obligations des parties* » et non en procédant à une comparaison de la situation d'un contractant par rapport à d'autres contractants, tiers au contrat (en l'occurrence les autres membres du réseau de distribution). À cet égard, la jurisprudence dominante a indiqué que le déséquilibre significatif ne doit pas s'apprécier par comparaison des conditions octroyées par un fournisseur au concurrent du requérant mais « *dans la formation et l'exécution des relations contractuelles entre les parties au contrat* »⁽⁵³⁾.

Pour les 10 premiers mois de l'année 2016, deux décisions ont retenu le déséquilibre significatif. Par un arrêt du 25 février 2016, la cour d'appel d'Orléans a jugé

(52) La sanction d'un tel comportement sur le fondement de la concurrence déloyale serait plus appropriée.

(53) CA Versailles, 27 oct. 2011, n° 10/06093. V. aussi : Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712.

qu'une clause de dénonciation d'un contrat de location financière était constitutive d'un déséquilibre significatif au détriment d'un locataire d'équipements d'impression⁽⁵⁴⁾. En l'espèce, le locataire se voyait, en cas de reconduction tacite de la location, tenu à des délais contractuels plus longs et à des modalités de dénonciation du contrat fort complexes, ayant pour finalité de dissuader le locataire de toute résiliation et d'allonger le délai réel de son préavis. Selon la cour d'appel d'Orléans, cette clause « *soumet (...) la locataire à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties puisque [la société bailleurelle] pouvait quant à elle continuer, même en cas de tacite reconduction, à dénoncer le contrat avec préavis de huit jours en cas d'un seul impayé ainsi que le prévoyait le contrat initial et impose donc à [la société bailleurelle] de réparer le préjudice qu'elle a pu causer* ».

Si la décision n'apporte pas de réelles précisions à propos des conditions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, elle retient le déséquilibre significatif en se référant, implicitement, au défaut de réciprocité dans les obligations conclues entre les parties. En effet, la société bailleurelle pouvait, en l'espèce, dénoncer le contrat très facilement (avec un préavis de seulement 8 jours en cas d'impayé) contrairement au locataire qui était enfermé dans une série de délais contraignants.

Notons aussi un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles du 23 juin 2016 à propos de clauses déséquilibrées contenues dans un contrat de location financière portant sur la fourniture et l'installation d'un site internet⁽⁵⁵⁾. En l'espèce, Monsieur K. avait souscrit, pour les besoins de son activité de podologue et auprès d'une société un contrat de location d'une durée irrévocable de 48 mois pour un site internet fourni et installé par une autre société. Selon les juges Versaillais, le rapport de force visant à obtenir la soumission de la partie locataire à un déséquilibre significatif est largement démontré par les manœuvres abusives de la société de location (intrusion de force dans le cabinet de podologie de Monsieur K ; harclements ; pressions pour obtenir la signature du contrat de location financière portant sur l'installation d'un site internet).

S'agissant plus spécifiquement du déséquilibre significatif, il est constaté que plusieurs articles du contrat de location financière litigieux « *manifestent l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations respectives des parties* ». C'est le cas de la clause de résiliation anticipée qui fait supporter, en cas de non-paiement par le locataire, l'intégralité du solde restant dû majoré de frais de relance et de rejet de prélèvement qui viennent se cumuler avec ceux de la banque. Il en est de même de la stipulation par laquelle le droit à réparation du locataire est limité dans certaines hypothèses (erreur, omission ou

« *toute autre cause venant contraindre les obligations de la société prestataire* ») à un montant maximum équivalant au montant payé par le locataire pour le trimestre en cours. La cour d'appel de Versailles a également relevé le caractère abusif de la clause qui étend contractuellement les cas de force majeure au bénéfice de la seule société prestataire, le locataire ne disposant que de la protection de l'article 1148 ancien du code civil (aujourd'hui, l'article 1218 nouveau dudit code). Enfin, est relevée la stipulation par laquelle le locataire doit également payer des pénalités contractuelles lorsqu'il ne fait que dénoncer la reconduction du contrat à durée déterminée, au terme des 48 mois. Enfin, la cour d'appel a ajouté que « *l'imposition d'un paiement par virement par le biais d'une stipulation selon laquelle tous autres modes de paiement feraient l'objet de la perception d'un supplément de 10 % par paiement, est abusive si elle renforce le déséquilibre, comme c'est le cas en l'espèce* ».

Elle en a conclu à une « *asymétrie notable tant dans les conditions de mise en jeu de la responsabilité contractuelle que dans les conditions de résiliation du contrat de location, entre les droits des deux parties, constitutive d'un préjudice pour le locataire qui sera justement réparé par l'octroi d'une somme de 10 000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation de son préjudice toutes causes confondues* ».

→ **Le rejet quasi-systématique du déséquilibre significatif**

Dans la grande majorité des cas, les autres décisions analysées, rejettent l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce. Tout d'abord, de nombreux contentieux sont rejettés du fait que la juridiction saisie n'est pas compétente *ratione materiae*⁽⁵⁶⁾. Or, conformément aux dispositions des articles D. 442-3 et D. 442-4 du code de commerce, l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce est réservée à la compétence de tribunaux spécialisés et la cour d'appel de Paris détient une compétence exclusive en matière d'appel. Sur ce dernier point, il a été jugé que « *L'inobservation de cette règle d'ordre public investissant la cour d'appel de Paris du pouvoir juridictionnel exclusif de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, est une fin de non-recevoir qui, par application des dispositions de l'article 125 du code de procédure civile doit être relevée d'office par la cour, eu égard à son caractère d'ordre public* »⁽⁵⁷⁾.

(54) CA Orléans, 25 févr. 2016, n° 15/01666.

(55) CA Versailles, 23 juin 2016, n° 14/06181.

(56) CA Dijon, 9 juin 2016, n° 14/00467 ; CA Douai, 26 mai 2016, n° 15/01231 ; CA Lyon, 24 mars 2016, n° 14/02984 ; CA Angers, 2 févr. 2016, n° 14/00922 ; CA Paris, 29 janv. 2016, n° 15/20358 ; CA Versailles, 12 janv. 2016, n° 14/00811 ; CA Versailles, 25 oct. 2016, n° 15/02689 ; CA Aix-en-Provence, 27 oct. 2016, n° 2016/417.

(57) CA Montpellier, 21 juin 2016, n° 14/09466.

Pratiques restrictives de concurrence

Le déséquilibre significatif est aussi fréquemment exclu car ses éléments constitutifs ne sont pas remplis, à savoir l'absence de soumission du partenaire et/ou l'inexistence d'un déséquilibre entre les parties. La soumission du partenaire est ainsi écartée dès lors que les clauses ont donné lieu à discussion, qu'elles ont été débattues et négociées librement⁽⁵⁸⁾. Le 24 juin 2016, la cour d'appel de Paris a ainsi rappelé que la mise en œuvre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce « suppose l'existence d'un rapport de force entre les cocontractants ayant permis à l'un d'eux de soumettre ou de tenter de soumettre son partenaire commercial, lors de la conclusion du contrat, à des obligations manifestement déséquilibrées ; que si les contrats d'adhésion ne permettent pas a priori de négociations entre les parties, il incombe néanmoins à la partie qui invoque l'existence d'un déséquilibre significatif de rapporter la preuve qu'elle a dû accepter, du fait du rapport de force existant, des obligations injustifiées et non reciproques ». En l'espèce, le partenaire invoquant l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne justifiait pas de l'existence d'une pression, d'une contrainte, d'un rapport déséquilibré ni d'un état de dépendance économique l'ayant obligé à signer le contrat, la cour d'appel précisant même que « les conditions générales du contrat étaient complétées par les conditions particulières soumises à la négociation des parties »⁽⁵⁹⁾.

Sur le déséquilibre significatif en tant que tel, les juges l'excluent en indiquant, de façon générale, que les clauses litigieuses reposent sur des justifications légitimes et qu'elles ne créent pas de déséquilibre significatif. C'est le cas d'une clause permettant au titulaire d'une marque de s'assurer de l'absence de contrefaçon⁽⁶⁰⁾. Les juges procèdent également à l'examen de la réciprocité des obligations et de la nécessaire contrepartie. Une obligation est alors parfaitement équilibrée lorsqu'elle offre aux deux parties la même prérogative. C'est le cas d'une faculté de rupture anticipée offerte aux deux cocontractants dans les mêmes conditions⁽⁶¹⁾. Cette analyse est d'ailleurs partagée par la Cour de cassation⁽⁶²⁾. S'agissant d'une clause de pénalités applicable en cas de mauvaise exécution de certaines obligations par une des parties, il a été considéré qu'elle n'était pas constitutive d'un déséquilibre significatif dès lors qu'il résulte, en l'espèce, de certaines stipulations du contrat et du droit commun de la responsabilité contractuelle que les manquements éventuels de l'autre

(58)CA Rouen, 29 oct. 2015, n° 14/03420 ; CA Paris, 18 mars 2016, n° 13/16867.

(59)CA Paris, 24 juin 2016, n° 13/20422. V. aussi sur l'absence de contrainte : CA Paris, 29 sept. 2016, n° 14/16968.

(60)CA Paris, 3 avr. 2015, n° 13/07413.

(61) CA Paris, 2 avr. 2015, n° 13/17628. V. aussi : CA Paris, 7 nov. 2016, n° 15/10249.

(62)Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712.

partie sont également sanctionnés⁽⁶³⁾. Cependant, certaines décisions ont pu rejeter le déséquilibre significatif, y compris dans les cas où la stipulation litigieuse offrait une faculté de résiliation unilatérale au bénéfice d'une seule des parties dès lors, par exemple, qu'elle repose sur des objectifs de vente essentiels pour un contractant qui avait accordé une exclusivité à son partenaire⁽⁶⁴⁾.

L'analyse des décisions les plus récentes conforte cette position et les juges, se fondant sur les critères rappelés ci-dessus (ou, à l'inverse, en procédant de façon péremptoire) considèrent que les clauses litigieuses ne créent pas un déséquilibre au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce⁽⁶⁵⁾.

Certaines décisions ont également pu relever que le demandeur n'apportait pas la preuve de l'existence d'un déséquilibre significatif dans l'exposé de ses préentions⁽⁶⁶⁾. C'est le cas, par exemple, lorsque le demandeur ne démontre pas que la prestation de son partenaire est « dérisoire par rapport au prix » et qu'il se contente d'affirmer que ses propres obligations sont, en conséquence, « exorbitantes »⁽⁶⁷⁾. Il en est de même lorsqu'il fournit des éléments « manifestement insuffisants » qui, en outre, ne révèlent pas la réalité de la situation contractuelle entre les parties, le demandeur retirant des bénéfices et des avantages du contrat litigieux⁽⁶⁸⁾.

S'agissant de la condition de « partenariat commercial », la jurisprudence récente montre qu'elle fait l'objet de très peu de discussion par les juges alors même qu'elle apparaît centrale dans le cadre du contentieux hors ministre de l'Économie, la grande majorité des contrats soumis au juge étant en effet très éloignée des intentions primitives du législateur (il s'agit, pour la moitié des affaires pour l'année 2015 de contrats de location de biens matériels ou immatériels). Or, les juges ont une certaine tendance à déclarer, sur ce point, le texte applicable sans procéder à davantage de développements, ce qui est regrettable. Seule la cour d'appel de Paris, le 20 novembre 2015, a motivé sa décision en précisant que l'expression de « partenaire commercial » doit s'appliquer au « cocontractant

(63)CA Paris, 7 oct. 2016, n° 13/19175 et n° 14/16968.

(64)CA Paris, 8 oct. 2015, n° 13/22006.

(65)CA Pau, 13 juin 2016, n° 14/03617, n° 16/2448 ; CA Paris, 7 juin 2016, n° 15/21233 ; T. com. Paris, 7 juin 2016, n° 2013044769 : des stipulations relatives aux conditions de paiement sont considérées comme « des clauses classiques qui respectent les exigences légales » ; CA Paris, 6 mai 2016, n° 14/04905 ; CA Paris, 15 avr. 2016, n° 13/19134 ; CA Paris, 13 janv. 2016, n° 13/11338 ; CA Paris, 3 juin 2016, n° 13/20153 ; CA Paris, 28 oct. 2016, n° 14/17987 ; à propos d'une modification commerciale imposée par une société à son partenaire quant à la fourniture des produits : CA Paris, 26 oct. 2016, n° 14/08041.

(66)TGI Paris, 4 janv. 2016, n° 14/06426.

(67)CA Bordeaux, 2 juin 2016, n° 14/05606.

(68)T. com. Nanterre, 21 avr. 2016, n° 2015F00034.

avec lequel le commerçant entretient des relations en lien avec son activité commerciale »⁽⁶⁹⁾. Sur ce point rappelons que la CEPC et la jurisprudence antérieure ont indiqué que la notion de « partenariat commercial » se caractérise par « la volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de service, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant »⁽⁷⁰⁾. La CEPC considère également qu'un contrat ponctuel qui s'inscrit dans la durée peut être assimilé à un partenariat commercial⁽⁷¹⁾.

Une motivation plus consistante semble néanmoins se dessiner dans certaines décisions. Ainsi, il a été jugé que « dans la mesure où le contrat de maintenance signé ne s'inscrit ni dans des rapports de distribution ni dans des rapports de partenariat, les dispositions de l'article L. 442-6 1^e et 2^e du code de commerce ne s'appliquent pas, elles ne peuvent pas être le fondement d'une demande en dommages et intérêts »⁽⁷²⁾. Par ailleurs, l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce a pu être reconnu inapplicable en raison de l'absence de relations commerciales entre les parties⁽⁷³⁾ ou dans des hypothèses où la relation était seulement ponctuelle n'impliquant donc pas un rapport de partenariat commercial continu⁽⁷⁴⁾.

* * *

L'affirmation du déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence est certes progressive mais ne va pas à la même cadence selon que le ministre de l'Économie intervient ou non au contentieux. La comparaison entre la jurisprudence rendue à l'initiative du ministre et celle à l'initiative des opérateurs économiques atteste d'un certain malaise. Dès lors que le ministre de l'Économie est partie prenante à la procédure, le déséquilibre significatif est très fréquemment sanctionné, son intervention constituant alors un gage d'efficacité imparrable, ce qui permet d'ailleurs de répondre aux vœux du législateur et de lutter contre les abus de la grande distribution. On constate aussi que le ministre de l'Économie va aujourd'hui au-delà de la grande distribution en s'attaquant, par exemple, aux plateformes numériques (l'affaire *Expedia* en est une illustration). À l'inverse, la jurisprudence rendue en son absence, dans des secteurs tels que la location financière, les activités de services ou d'autres activités de vente, est plus restrictive et les juges

(69) CA Paris, 20 nov. 2015, n° 13/10448.

(70) CEPC, avis n° 12-07 ; CA Aix-en-Provence, 13 févr. 2014, n° 12/21625.

(71) CEPC, avis n° 15-1 et CEPC, avis n° 15-03.

(72) CA Toulouse, 1^{er} juin 2016, n° 14/06056. V. aussi : CA Aix-en-Provence, 10 mars 2016, n° 15/06564, et CA Paris, 3 févr. 2016, n° 13/15768.

(73) CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/03922.

(74) CA Lyon, 28 juill. 2016, n° 14/07438, à propos d'une opération ponctuelle de financement d'un site internet.

rechignent à retenir le déséquilibre significatif voire même à l'expliciter dans le cadre de leur motivation.

Ce malaise est d'autant plus fort à la comparaison du nombre de décisions rendues respectivement dans chacun des contentieux. Si les décisions rendues dans le contentieux du ministre font l'objet d'un écho important à l'encontre des grandes enseignes (Castorama, Galec, Carrefour, Darty, Eurauchan...), elles sont finalement quantitativement peu nombreuses comparativement au nombre total de décisions intéressant le déséquilibre significatif. Selon un auteur et à l'exclusion des décisions d'irrecevabilité, de référé, ou celles qui ne se sont pas prononcées sur l'argument du déséquilibre, il est possible de totaliser 101 arrêts de cours d'appel entre le 30 septembre 2009 et le 5 novembre 2015, dont seulement 8 sur action du ministre⁽⁷⁵⁾. L'efficacité de la disposition l'est en réalité dans le nombre réduit du contentieux du ministre alors qu'elle est fortement nuancée voire inexiste dans le contentieux à l'initiative des opérateurs économiques.

On relèvera également que l'arrêt *Galec* du 1^{er} juillet 2015 de la cour d'appel de Paris, rendu dans le cadre du contentieux initié par le ministre, procède à une interprétation poussée de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce et tend, peu ou prou, à un contrôle de la négociation par le juge « en imposant non seulement que les remises accordées (RFA ou autres) soient justifiées par une contrepartie, mais également par une contrepartie suffisante »⁽⁷⁶⁾. L'arrêt de la Cour de cassation est d'ailleurs très attendu dans cette affaire.

Enfin, si le déséquilibre significatif est le plus souvent rejeté par les juges dans le cadre du contentieux « hors ministre », les justiciables s'accrochent et persistent néanmoins à l'invoquer, en espérant sans doute un infléchissement de la jurisprudence à leur profit. L'apparition du déséquilibre significatif en droit commun des obligations ne pourrait-elle pas constituer une voie tierce d'appréhension efficace permettant aux justifiables déboutés sur le terrain de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce d'obtenir gain de cause sur la base d'une disposition générale, plus conforme à la nature de certaines relations (hors grande distribution) ?

II. – L'apparition inédite du déséquilibre significatif en droit commun des obligations

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations a introduit dans le code civil le

(75) E. Diény, Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ?, JCP E 2015, n° 51-52, 1626, n° 21.

(76) En ce sens : E. Diény, *op. cit.*, n° 16.

déséquilibre significatif à l'article 1171 qui opère, de façon inédite, un véritable contrôle des clauses abusives dans le droit commun des contrats. Cette disposition est entrée en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016⁽⁷⁷⁾.

Cet article est rédigé ainsi : « *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* ». L'article 1171 nouveau du code civil s'inspire des dispositions spéciales du droit de la consommation (article L. 212-1 du code de la consommation) et du droit des pratiques restrictives de concurrence (article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce).

Cette disposition n'a pas vocation à aboutir à l'abrogation de l'article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce. Il y aura donc une nécessaire coexistence entre le nouvel article 1171 du code civil et l'article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce. Cependant, il convient de s'interroger sur les termes de cette coexistence. Peut-on espérer une complémentarité entre les deux dispositions ? À l'inverse, une concurrence ne risquerait-elle pas de s'instaurer entre les deux textes ? La question n'est pas si simple mais elle revêt un intérêt pratique majeur. Avant d'envisager l'articulation entre les deux dispositions, il convient de présenter le dispositif de l'article 1171 nouveau du code civil.

A. – Le déséquilibre significatif de l'article 1171 nouveau du code civil

→ Quelles sont les hypothèses d'application ?

Contrairement à l'article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce qui circonscrit l'application de la disposition aux relations nouées entre « *un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » et un « *partenaire commercial* » de celui-ci, l'**article 1171 nouveau du code civil – édictant un principe général – ne prévoit aucune restriction quant au périmètre ratione personae de la prohibition**.

En revanche, le nouvel article 1171 du code civil s'applique au **seul contrat d'adhésion**, celui-ci étant défini par le nouvel article 1170 comme le contrat « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* », en opposition au contrat de gré à gré « *dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* ».

Le contrat d'adhésion est généralement envisagé comme un « *moyen par lequel une partie dicte ses conditions et fait prévaloir ses intérêts* », un auteur y voyant même un

(77) V. notre article sur le site de notre cabinet : J.-Ch. Grall et T. Bussonnière, L'intégration du déséquilibre significatif en droit commun, mai 2016.

moyen d'assurer la mise en œuvre d'un « *nouvel ordre féodal* »⁽⁷⁸⁾. En pratique, il est caractérisé par trois éléments que sont : la présence de conditions générales ; la détermination unilatérale et à l'avance de celles-ci par l'une des parties au contrat et l'absence de négociations autour de ces conditions générales.

De nombreux contrats d'affaires répondent à ces caractéristiques, certains ayant déjà été mis en lumière par la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce. C'est le cas du contrat « *groupement* » que Provera avait proposé à ses fournisseurs – qui n'est autre qu'un contrat d'enseigne de la grande distribution – et qui a été considéré par la chambre commerciale de la Cour de cassation comme un véritable contrat d'adhésion, aucune négociation effective des clauses litigieuses n'étant envisageable et aucune suite n'étant donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs.

→ Quelles sont les pratiques de déséquilibre visées ?

L'article 1171 nouveau du code civil vise « *toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* », la formulation étant alors relativement proche de l'article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce qui vise les « *obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Alors que l'article 1171 nouveau retient la notion de clause comme fait générateur d'un potentiel déséquilibre, l'article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce procède à une rédaction plus large en visant les « *obligations* ». Toutefois, il nous apparaît difficile de voir dans cette divergence sémantique, une différence de régime juridique.

Cette similitude entre les deux textes invitera très certainement le juge judiciaire, saisi sur le fondement de l'article 1171 nouveau du code civil, à s'inspirer des principes déjà posés par la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce.

Cette proximité peut toutefois être nuancée à la lecture de l'alinéa 2 de l'article 1171 nouveau du code civil qui limite l'étendue du contrôle offert au juge civil en précisant que ni le contrôle de l'**objet principal du contrat**, ni le contrôle de l'**adéquation du prix à la prestation** n'est envisageable sur le fondement de cet article. L'exclusion du contrôle du juste prix n'est pas étonnante et s'inscrit dans la lignée du refus de l'admission de la rescission pour lésion⁽⁷⁹⁾. À cet égard, l'article 1171 du code civil se calque sur la limitation contenue à l'article L. 212-1 du code de la consommation qui prévoit que « *l'appréciation du ca-*

(78) G. Berlioz, Le contrat d'adhésion, LGDJ, 1973, p. 10.

(79) Ce principe est aujourd'hui formulé au nouvel article 1168 : « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ».

ractère abusif des clauses (...) ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». Notons, d'ailleurs, qu'en visant précisément le prix de la rémunération au « bien vendu » ou au « service offert », la limitation formulée dans le code de la consommation apparaît plus heureuse que celle introduite par le nouvel article 1171 du code civil qui utilise la notion approximative d'adéquation au prix « à la prestation ».

De telles restrictions ne sont pas contenues au sein de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce et sont, d'ailleurs, aisément justifiées, notamment en ce qui concerne le prix. Rappelons que l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce a également été introduit en vue de résoudre les abus financiers dans les relations entre les fournisseurs et les grands distributeurs. C'est pourquoi les juges n'ont pas exclu la possibilité de procéder à un contrôle de l'équilibre des prestations financières sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce. Si l'arrêt *Ikéa* du 23 mai 2013 rendu par la cour d'appel de Paris avait ouvert une voie, la question est toujours sensible et l'immixtion des juges dans l'appréciation du déséquilibre financier d'un contrat est rare⁽⁸⁰⁾. Pourtant, dans l'arrêt *Galec* du 1^{er} juillet 2015, la cour d'appel a estimé qu'une condition particulière de vente dépourvue de contrepartie entraînait un déséquilibre significatif au détriment des fournisseurs. Mais cette analyse devra être confirmée par la Cour de cassation et il fort possible que celle-ci invalise l'argumentation soutenue par le Galec devant la cour d'appel considérant que l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce ne permet pas la remise en cause du prix de vente des marchandises (et donc de remettre en cause la ristourne de fin d'année du Galec, composante du prix de vente des marchandises vendues aux centres Leclerc) en raison de la décision du 13 janvier 2011 du Conseil constitutionnel qui empêche que ce qui est expressément exclu du contrôle judiciaire par l'article L. 212-1 du code de la consommation, à savoir la libre fixation du prix des marchandises, soit contrôlé judiciairement sur le fondement du déséquilibre significatif du code de commerce.

→ Quel cadre d'analyse pour l'article 1171 nouveau du code civil ?

À l'instar de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce, l'article 1171 nouveau du code civil ne donne aucune précision s'agissant du cadre d'analyse qui doit présider à l'étude du déséquilibre. Nous pensons néanmoins que la grande proximité entre les deux dispositions précitées, devrait guider le juge civil à s'inspirer des principes dégagés par la jurisprudence commercialiste, en retenant,

par exemple, une approche d'analyse globale du déséquilibre significatif. Il n'est toutefois pas exclu que le juge civil sorte totalement de ce cadre d'analyse, ce qui nous apparaîtrait surprenant. Il en va de même s'agissant des critères qui permettent d'apprécier le déséquilibre significatif. La jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1171 nouveau de code civil sera-t-elle audacieuse ou s'inspirera-t-elle des solutions dégagées par la jurisprudence de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce ? Dans ce dernier cas, la disproportion, l'absence de contrepartie, le défaut de réciprocité, etc. constitueront des critères pertinents pour le juge civil.

→ Les sanctions prévues par l'article 1171 nouveau du code civil

Toute clause abusive au sens de l'article 1171 nouveau du code civil sera réputée non écrite⁽⁸¹⁾. Cette technique a donc vocation à supprimer la clause litigieuse à l'égard de la victime ayant intenté l'action sur le fondement de la disposition (à la différence de la nullité qui vaut, « *erga omnes* »). Or, l'article L. 442-6, I, 2^e du code commerce prévoit, quant à lui, la mise en jeu de la responsabilité de l'auteur des pratiques litigieuses, ce qui n'est pas prévu par l'article 1171 nouveau du code civil.

B. – L'articulation possible entre l'article 1171 nouveau du code civil et l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce

En application de la règle selon laquelle « *le spécial déroge au général* » (« *specialia generalibus derogant* ») prévue à l'article 1105, l'application de l'article 1171 du nouveau code civil pourrait être exclue dès lors que la relation contractuelle s'inscrit dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce.

Sur ce point, le Rapport au président de la République, qui, rappelons-le, n'a pas la valeur de travaux préparatoires, précise que « *L'article 1105 définit quant à lui les contrats nommés et innommés et reprend dans ses deux premiers alinéas l'actuel article 1107. Le troisième alinéa introduit en revanche une nouveauté importante et attendue des praticiens, puisqu'il rappelle que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. Ainsi, les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation* ».

(81) Le contrat est maintenu lorsqu'une telle sanction est prononcée ainsi que le rappelle le nouvel article 1184 du code civil : « (...) Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ».

(80) CA Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166.

Pratiques restrictives de concurrence

Dès lors que les rapports entre un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers et un partenaire commercial sont soumis au code du commerce, l'article 1171 n'aurait donc vocation à s'appliquer qu'aux (i) relations entre particuliers ; (ii) aux relations nouées entre un professionnel et une personne qui ne serait ni un consommateur, ni un non-professionnel ; (iii) aux rapports existants entre des professionnels qui ne seraient pas des partenaires commerciaux au sens de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce.

Précisons que s'agissant des notions de « *consommateur* », « *non-professionnel* » et « *professionnel* », l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation ajoute, avant le livre premier du code de la consommation, un article limitatoire qui a pour objet de définir ces trois notions :

- le **consommateur** est défini comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* » ;
- le **non-professionnel** est défini comme « *toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* » ;
- le **professionnel** est défini comme « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* ».

S'agissant de la notion de partenaire commercial, nous avons vu *supra* qu'elle renvoyait à des rapports commerciaux continus ou à des rapports contractuels ponctuels dès lors qu'ils s'inscrivent dans la durée.

Aussi, au regard de l'interprétation faite dans le Rapport au président de la République de la règle selon laquelle « *le spécial déroge au général* » et des définitions rappelées ci-dessus, **l'article 1171 ne serait pas susceptible de s'appliquer à des contrats d'adhésion tels que les contrats d'enseigne conclus entre des partenaires commerciaux.**

Néanmoins, si l'on retient une autre interprétation du principe énoncé au troisième alinéa de l'article 1105 du nouveau code civil selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales, les contrats d'affaires tels que les contrats d'enseigne pourraient être appréhendés au titre de l'article 1171 nouveau du code civil. En vertu de cette autre interprétation, l'application de l'adage « *le spécial déroge au général* » supposerait des textes en conflit tendant aux mêmes finalités. Or, tel n'est pas le cas des articles L. 442-6, I, 2^e du code de commerce et de l'article 1171 nouveau du code civil : le premier vise la réparation d'un préjudice par l'engagement de la responsabilité extracontractuelle tandis que le second sanctionne

le déséquilibre significatif par le recours au « *réputé non écrit* » de la clause litigieuse.

Une **option**, voire même une **invocation cumulative** pourrait dès lors exister entre les deux fondements.

Deux éléments pourraient inciter les opérateurs économiques à une invocation optionnelle entre l'article 1171 et l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce. D'une part, en se plaçant sous le régime de l'article 1171 nouveau du code civil, les entreprises pourraient ainsi éviter d'avoir à se conformer à la compétence territoriale propre à l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce. D'autre part, dans l'hypothèse où l'action sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce serait prescrite, l'une des solutions pour supprimer une clause entraînant un déséquilibre significatif serait de se situer sur le terrain de l'article 1171 nouveau du code civil. En effet, l'une des caractéristiques du régime juridique de l'article 1171 nouveau du code civil est qu'il n'enferme l'action dans aucun délai de prescription. La clause réputée non écrite est considérée comme n'ayant pas d'existence et, de ce fait, aucune prescription ne court.

Une application cumulative pourrait même être envisageable en présence de partenaires commerciaux. L'une des parties à un contrat d'adhésion pourrait ainsi solliciter du juge que la clause qu'elle estime déséquilibrée soit réputée non écrite sur le fondement de l'article 1171 du code civil et demander l'indemnisation de son préjudice au titre de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce. Notons toutefois que certaines juridictions ont autorisé la victime du déséquilibre significatif à obtenir que la clause soit réputée non écrite sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce⁽⁸²⁾ ou que le contrat ou la clause soit jugé(e) nul(le) en son intégralité par l'utilisation de la notion de cause illicite, anciennement prévue par l'article 1131 ancien du code civil⁽⁸³⁾. Les articles 1168 et 1169 nouveaux du code civil portant sur le contenu du contrat (applicables depuis le 1^{er} octobre 2016) pourront, à notre sens, constituer des fondements de substitution à l'ancien article 1131 du code civil, permettant ainsi à la victime du déséquilibre significatif de solliciter la nullité.

Sans doute, faut-il voir dans ces deux textes la mise en perspective d'une seule notion, soumise à deux régimes distincts, lesquels répondent à des finalités propres. L'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce devrait rester cantonné aux relations de distribution (et, plus particuliè-

(82) CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674.

(83) CA Nîmes, 23 févr. 2010, n° 07/00606 : « *dès lors qu'une clause d'une convention ou d'un contrat prévoit l'obligation d'exécuter une obligation prohibée par des dispositions d'ordre public telles celles prévues par l'article L. 442-6-I, cette obligation repose nécessairement sur une cause illicite, atteinte donc de nullité absolue au sens de l'article 1131 du code civil ; elle peut ainsi être annulée lorsqu'elle est requise par la partie protégée ou tout intéressé* ». V. aussi : CA Amiens, 1^{er} déc. 2015, n° 14/02794.

rement, à celles de la grande distribution) et 1171 du code civil aux relations commerciales ou d'affaires mettant en lien des professionnels.

Huit ans après son introduction en droit français des pratiques restrictives de concurrence, le déséquilibre significatif du code de commerce semble avoir bien répondu aux intentions du législateur en ce qu'il a permis de sanctionner les abus notables de la grande distribution. Les pouvoirs étendus accordés au ministre de l'Économie ont grandement contribué à la répression de ces comportements. Nous pensons toutefois que ses pouvoirs ne doivent pas être utilisés de façon extensive, ce qui pourrait aboutir à une sanction quasi-automatique du déséquilibre significatif qui, rappelons-le, doit précisément être « significatif ». L'affirmation du déséquilibre significatif aura vocation à se poursuivre dans les prochaines années. En atteste d'ailleurs le communiqué de presse du ministre de l'Économie qui, le 9 novembre dernier, a

annoncé l'assignation de Carrefour devant le tribunal de commerce de Paris pour des pratiques commerciales abusives, l'enseigne ayant, notamment, exigé de ses fournisseurs, sans aucune contrepartie, une « remise complémentaire de distribution » d'un montant significatif, le versement de cette remise étant érigé en préalable à l'ouverture des négociations commerciales annuelles. L'un des enjeux majeurs concernera, à notre sens, la perfectibilité du contentieux « hors ministre » afin que les décisions rendues soient plus motivées. Dans tous les cas, le déséquilibre significatif du code de commerce ne devrait pas subir une concurrence de l'article 1171 nouveau du code civil. Sur le fond, les deux dispositions se rejoignent et leur application respective donnera lieu à une complémentarité, ce qui permettrait, on peut le souhaiter, une uniformisation de la notion de « déséquilibre significatif » et ce, qu'il soit sanctionné sur la base du code de commerce ou du code civil. ■