

Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après.

Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce

Les décisions concernant le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties rendues depuis son introduction dans le droit des affaires en 2008, permettent de dresser un bilan du champ d'application de cette nouvelle pratique restrictive de concurrence et de cerner plus précisément la méthode appliquée par les juridictions pour l'appréhender.



Par Nizar LAJNEF

Avocat au barreau de Paris
Counsel, UGGC Avocats
Maître de conférences à SciencesPo Paris
Membre du comité de direction de l'AFEC

→ RLC 2553

L'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie (L. n° 2008-776, 4 août 2008, « LME ») a marqué en 2008 la suppression de l'interdiction des discriminations « *per se* » en tant que pratique restrictive de concurrence (C. com., ancien art. L. 442-6, I, 1) et l'entrée en scène d'une nouvelle pratique restrictive de concurrence : le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Le législateur n'a pas défini la notion de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, confiant implicitement la mission aux tribunaux de déterminer son contenu. Cinq ans après, la pratique de déséquilibre significatif est-elle suffisamment circonscrite ?

Après avoir dressé le bilan du champ d'application personnel, temporel et matériel de la pratique (I), nous nous consacrerons à l'appréciation de la méthode actuellement appliquée par les juridictions pour appréhender un « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » (II).

I. – CHAMP D'APPLICATION

Cette étude traite successivement du champ d'application personnel (A), temporel (B) et matériel (C) de la pratique. Le champ d'application territorial est ici exclu.

A. – Quels sont les opérateurs économiques visés par le texte (champ d'application *ratione personae*) ?

S'agissant de l'auteur de la pratique, l'article L. 442-6, I, 2 du code de commerce vise « *tout producteur, commerçant, industriel ou*

personne immatriculée au répertoire des métiers ». Le champ d'application personnel du déséquilibre significatif est donc très large. Tout opérateur économique est susceptible d'être poursuivi pour déséquilibre significatif.

Concernant la victime, le texte vise le « *partenaire commercial* ». Sur cette notion, la cour d'appel de Lyon nous apprend successivement, d'abord en 2012, puis en 2013, que la notion de **partenaire commercial** « *suppose une certaine continuité* », ce qui n'est pas le cas lorsque « *les parties [sont] seulement liées par deux contrats ponctuellement souscrits pour le financement d'équipements particuliers de surveillance* » (CA Lyon, 1^{re} ch. civ., sect. A, 10 mai 2012, n° RG : 10/08302). Elle nous indique également que le texte ne s'applique pas lorsque « *il n'est pas soutenu que les [contractants] auraient antérieurement entretenu quelque relation que ce soit* » (CA Lyon, 1^{re} ch. civ., sect. A, 16 mai 2013, n° RG : 11/07152), ce qui semble signifier que la victime ne peut pas être considérée comme un partenaire commercial au sens du texte, à défaut de relation qu'on pourrait qualifier de **durable**.

Dans la même lignée, semble-t-il, la cour d'appel de Nancy a refusé de faire jouer la règle sur le déséquilibre significatif dans les rapports locataire et sous-locataire, au motif que le « *texte suppose l'existence d'un partenariat économique entre les parties* » (CA Nancy, 31 mai 2012, n° RG : 09/2012). Ce qui, là encore, semble induire la nécessité d'une relation commerciale pérenne.

Le texte appréhende aussi bien la soumission à un déséquilibre significatif que la tentative de soumission : « *soumettre ou tenter de soumettre* ». Lorsque la soumission a abouti, on peut penser

Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après.

Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce

<http://lamyline.lamy.fr>

que les parties en cause sont dans un rapport de force déséquilibré. On pense ainsi aux relations entre les grandes enseignes de la distribution à dominante alimentaire d'une part, et les fournisseurs PME non adossées à des grands groupes industriels et/ou dont le produit n'est pas incontournable, d'autre part, qui ont motivé en partie l'adoption du texte. Si en revanche seule la tentative de soumission est établie, on peut penser que les deux parties sont à force égale, et que par conséquent, le champ d'application du déséquilibre significatif est plus étendu.

Les plaideurs ne s'y sont pas trompés puisqu'il ressort des décisions rendues à ce stade que le déséquilibre significatif est invoqué dans des domaines variés, et par des opérateurs économiques autres que les fournisseurs dans leurs rapports avec les acteurs de la grande distribution (Fourgoux J.-L. et Djavadi L., Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence, Contrats, conc., consom. 2013, étude 14).

Dans le domaine de la **grande distribution**, dès 2009, le ministre de l'Économie de l'époque, Hervé Novelli, a engagé neuf actions sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, contre neuf enseignes de la grande distribution (Auchan, Carrefour, Casino, Castorama, Cora, Darty, Intermarché, Leclerc, Système U) afin d'obtenir un éclaircissement rapide des magistrats sur le champ d'application de cette nouvelle pratique restrictive de concurrence.

Or, cinq ans après, on constate que, dans ce domaine, le bilan est positif s'agissant du nombre de décisions rendues et donc de l'interprétation de la notion, mais relativement mitigé sur les sanctions puisque, sur un total de douze actions intentées par le ministre de l'Économie, seules six ont abouti à un constat d'illicéité, six ont abouti à une amende civile (de 250 000 euros pour Provera [T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n° 2009/02295, Ministre de l'Économie c/ Provera ; Behar-Touchais M., Aucune clause ne résiste à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce sanctionnant le déséquilibre significatif, RLC 2012/31, n° 2038, confirmé par CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, n° RG : 12/04791] à 2 000 000 euros pour le Galec [CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n° RG : 12/00150, Galec c/ Ministre de l'Économie]), seule une a abouti à une nullité de clause (dans l'affaire qui concerne les contrats d'achat de Darty, relativement à une clause faisant rétroagir la baisse du prix des produits vendus, et une clause permettant au distributeur d'établir un avoir sur des produits devenus obsolètes [T. com. Bobigny, 29 mai 2012, n° 2009F01541, Ministre de l'Économie c/ Darty]). Aucun contrat n'a été déclaré nul et seule une a abouti à la répétition de l'indu (T. com. Bobigny, 29 mai 2012, Ministre de l'Économie c/ Darty, préc.).

Dans les **autres domaines**, des opérateurs économiques inattendus ont tenté de tirer profit de la rédaction large du texte pour invoquer son application dans des situations variées : un courtier face à un fournisseur d'énergie au sujet d'une clause de révision de prix, d'exclusivité et de non-concurrence (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 12 sept. 2013, n° RG : 11/22934, Direct Énergie), un client face à son opérateur télécom au sujet d'une clause pénale (CA Aix-en-Provence, 11^e ch, sect. B, 20 juin 2013, n° RG : 12/07275, France Télécom Lease), un locataire face à une institution de crédit, au sujet d'une clause pénale (CA Paris, pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n° RG : 11/08674, GE Capital), un pharmacien face à son fournisseur, au sujet de délais de paiement de ristournes (CA Versailles, ch 12, 4 juin 2013, n° RG : 12/01171, AHR), un transporteur face à son fournisseur de gasoil,

au sujet d'une clause limitative de responsabilité (CA Besançon, 2^e ch. civ., 19 déc. 2012, n° RG : 11/02445), ou même dans une relation entre avocats, une demande assez audacieuse, puisqu'un avocat invoquait un déséquilibre significatif dans la rémunération qu'il percevait en comparaison des heures de travail qu'il effectuait et des honoraires effectivement perçus par le cabinet (CA Angers, 1^{er} ch. civ., 24 avr. 2012, n° RG : 11/01541, Bougnoux J.-P. ; Fourgoux J.-L. et Djavadi L., Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence, préc.).

L'accueil reçu par ces actions par des opérateurs économiques divers est donc mitigé, puisque peu de tribunaux ont accepté d'entrer en voie de condamnation.

Outre les arrêts des cours d'appel de Lyon et de Nancy précités posant une condition de continuité, une forme de durabilité à l'application du texte (CA Lyon, 1^{er} ch. civ. sect. A, 10 mai 2012, n° RG : 10/08302 ; CA Lyon, 1^{er} ch. civ., sect. A, 16 mai 2013, n° RG : 11/07152 ; CA Nancy, 2^e ch. civ., 31 mai 2012, n° RG : 09/01190, Cora), dans un autre registre, la cour d'appel de Montpellier a par exemple refusé d'appliquer l'interdiction du déséquilibre significatif à défaut de **rapport de dépendance** entre le loueur et le locataire, au sujet d'une clause de reconduction tacite dans un contrat de location de mobilier urbain (CA Montpellier, 2^e ch. civ., 17 sept. 2013, n° RG : 12/05690, NAJA).

B. – Le texte s'applique-t-il aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la LME (champ d'application ratione temporis) ?

Le déséquilibre significatif est sanctionné notamment par une amende civile qui peut atteindre deux millions d'euros, cette amende pouvant être portée au triple du montant des sommes indûment versées (C. com., art. L. 442-6, III).

La nature répressive de l'amende civile de l'article L. 442-6, III du code de commerce est difficilement contestable.

Or en droit pénal, le principe est la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère (principe de valeur constitutionnelle, qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « DDHC »), et la rétroactivité de la loi pénale plus douce. **En droit civil**, l'article 2 du code civil rappelle que « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* » (Chagny M., L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?, RTD com. 2013, p. 500, CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° RG : 12/01166 ; CA Lyon, 1^{er} ch. civ., sect. A, 16 mai 2013, n° RG : 11/07152 ; CA Paris, pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, préc.).

Selon le Conseil constitutionnel, le principe de non-rétroactivité des lois de l'article 8 de la DDHC, s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition (Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, au sujet des pouvoirs de sanction pécuniaire conférés au CSA ; Chagny M., L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?, préc. ; CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, préc. ; CA Lyon, 1^{er} ch. civ., sect. A, 16 mai 2013, préc. ; CA Paris, pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, préc.).

Ainsi, les dispositions de la LME ne devraient pas pouvoir rétroagir, ni s'appliquer à des contrats en cours, d'autant plus que, s'agissant de l'introduction d'une nouvelle pratique restrictive de concu-



rence par la LME, et donc de l'élargissement du champ d'application de l'amende civile, ces dispositions ne sont pas plus douces.

Plusieurs cours d'appel ont pourtant appliqué la LME à des contrats en cours (CA Lyon, 1^{re} ch. civ., sect. A, 21 nov. 2013, n° RG : 12/03947 ; CA Paris, pôle 5, ch. 4, 22 mai 2013, n° RG : 10/19022 SYL c/ Warner Music France ; CA Bordeaux, 2^e ch. civ., 21 nov 2011, n° RG : 10/02746 TCM). À l'inverse, dans d'autres décisions, la rétroactivité, et même l'application immédiate, ont été exclus (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 26 sept. 2013, n° RG : 11/09146 ; CA Versailles, 12^e ch., 25 juin 2013, n° RG : 11/07513 ; CA Montpellier, 2^e ch., 18 sept 2012, n° RG : 11/03272 ; CA Nancy, 31 mai 2012, Cora, préc. ; CA Metz, 24 mai 2012, n° RG : 11/01314 ; T. com. Paris, 9 févr. 2012, n° 2010/024988, Palatine Asset Management).

Il reste donc des contradictions et, bien entendu, une prise de position de la **Cour de cassation** sur cette question serait la bienvenue, étant précisé que cette dernière **n'est, à ce jour, jamais intervenue en matière de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties** (Fourgoux J.-L. et Djavadi L., Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence, préc.).

C. – Quelles sont les pratiques appréhendées par le texte (champ d'application *ratione materiae*) ?

Cinq ans après l'adoption du texte, son champ d'application matériel est-il suffisamment circonscrit ? Que recouvre la notion de déséquilibre significatif ?

La cour d'appel de Douai est venue préciser que le texte « vise, de façon générale les partenaires commerciaux sans instaurer la moindre réserve concernant la nature ou la forme de leurs relations commerciales » (CA Douai, 2^e ch, sect. A, 13 sept. 2012, n° RG : 12/02832). Ce sont donc bien les **contrats d'affaires** qui sont visés par l'article L. 442-6, I, 2^e du code de commerce, par opposition, sans doute, aux contrats conclus avec les consommateurs.

Si le déséquilibre significatif a ainsi été sanctionné, ou du moins invoqué, à l'égard des conventions uniques des acteurs de la grande distribution sous leurs formes et appellations diverses, il l'a de même été aux **contrats** suivants : un contrat de crédit (CA Paris, 7 juin 2013, GE Capital, préc.), de location financière de longue durée (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013 n° RG : 12/01166, Ikea Supply, Chagny M., L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?, préc.), de location de longue durée de véhicules poids lourds (CA Douai, 2^e ch, sect. 2, 11 avr. /2013, n° RG : 12/02678), de fourniture d'énergie (CA Paris, 12 sept. 2013, Direct Énergie, préc. ; CA Besançon, 19 déc. 2012, préc.), de collaboration libérale entre avocat (CA Angers, 1^{re} ch. civ., 24 avr. 2012, Bougnoux J.-P., préc.), de réalisation de sites web (CA Lyon, 3^e ch., sect. A, 13 janv. 2012, n° RG : 10/08521, Locam), de bail (CA Paris, pôle 5, ch. 11, 21 oct 2011, n° RG : 10/12570).

Les **clauses** appréhendées sont elles aussi très variées : clause pénale (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 19 janv. 2011, n° RG : 08/08300 La Poste ; CA Colmar, 1^{re} ch. civ., sect. A, 10 avr. 2013, n° RG : 11/05050 ; CA Aix-en-Provence, 20 juin 2013, France Télécom Lease, préc. ; CA Paris, 7 juin 2013, GE Capital, préc.), clause résolutoire (CA Douai, 2^e ch., sect. 2, 11 avr. 2013, préc.), clause de taux de service fournisseur (T. com. Lille, 7 sept. 2011, n° 2009/05105, Ministre de l'Économie c/ Eurauchan), clause de reprise des invendus (T. com. Meaux, 24 janv. 2012, n° 2009/02296, Ministre de l'Économie c/ EMC Distribution), indemnité de résiliation (CA Paris, 7 juin 2013, GE Capital, préc.), clause de résiliation (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, Provera France c/ Ministre de l'Économie, préc.), clause

de révision de prix, d'exclusivité et de non-concurrence (CA Paris, 12 sept 2013, Direct Énergie, préc.), délais de paiement de ristournes (CA Versailles, 4 juin 2013, AHR, préc.), clause limitative de responsabilité (CA Besançon, 19 déc 2012, préc.).

Les **secteurs économiques** appréhendés, en dehors de la distribution à dominante alimentaire, sont tout aussi variés : location de mobilier urbain, fourniture d'énergie, services télécom, distribution de médicaments, de meubles, de presse, de matériel informatique, construction, etc.



Cinq ans après l'adoption du texte, son champ d'application matériel est-il suffisamment circonscrit ? Que recouvre la notion de déséquilibre significatif ?

Alors que les condamnations importantes, en termes de sanctions (amende civile, répétition de l'indu), sont intervenues dans le secteur de la grande distribution, les **condamnations** en dehors de la grande distribution, se comptent, elles, sur les doigts de la main (CA Paris, 7 juin 2013, GE Capital, préc., au sujet d'une clause pénale insérée dans un contrat de crédit ; CA Paris, 27 avr. 2013, relative à une clause de résiliation sans préavis dans un contrat d'approvisionnement de journaux et magazines ; CA Rouen, ch. civ., 12 déc. 2012, n° RG : 12/01200, Sofresid, relative à une clause de résiliation sans préavis insérée dans des conditions générales dans un rapport maître d'œuvre/sous-traitant en matière de construction ; CA Bordeaux, 21 nov. 2011, TCM, préc., au sujet d'une clause limitative de responsabilité insérée dans des conditions générales de prestations d'entretien de véhicule automobile), ce qui confirme que, compte tenu du contexte économique particulier du secteur de la grande distribution française qui a motivé l'adoption de la LME, le déséquilibre significatif a, malgré sa formulation très large, et, à ce stade de son existence, essentiellement pour vocation d'appréhender certaines pratiques prétendument abusives de la grande distribution.

La cour d'appel de Paris s'est livrée en 2013, pour la première fois à notre connaissance, à un exercice délicat : celui de donner une **définition** au déséquilibre significatif.

Pour la cour d'appel de Paris, il s'agit du « fait, pour un opérateur économique, d'imposer à un partenaire des conditions commerciales telles que celui-ci ne reçoit qu'une contrepartie dont la valeur est disproportionnée de manière importante à ce qu'il donne » (CA Paris, 23 mai 2013, Ikea Supply préc., Chagny M., L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?, préc.).

Une telle définition n'est pas sans rappeler les dispositions du paragraphe 1 de l'article L. 442-6, I du code de commerce qui appréhende le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun **service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu** ».

Les champs d'application de ces deux textes sont en effet très proches (Grall J.-C. et Turret P., La disproportion ne paye plus, RLC 2012/32, n° 2103), comme en témoignent, par exemple, les demandes du ministre dans l'affaire **Galec**.

Dans cette affaire, le ministre avait saisi le tribunal de commerce de Paris sur le fondement des articles L. 442-6, I, 1^{er} et 2^e du code de commerce et, devant la cour d'appel, demandait, à titre subsi-

Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après.

Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce

<http://lamyline.lamy.fr>

diaire, « si la cour ne retenait pas l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce pour qualifier les faits, de dire que la pratique consistant, pour la société coopérative Galec à demander à ses fournisseurs la restitution des sommes qu'elle avait été condamnée à leur verser par décision de justice, constitue une tentative d'obtenir un avantage sans service commercial effectivement rendu en contrepartie au sens de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce » (CA Paris, 18 sept. 2013, Galec c/ Ministre de l'Économie, préc.).

Une telle confusion semble regrettable en particulier s'agissant d'un **texte difficilement lisible** – l'article L. 442-6 du code de commerce – en raison (i) des nombreuses modifications législatives successives dont il a fait l'objet (Précisons que la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon », supprime les 7°, 12° et 13° de l'article L. 442-6, I, du code de commerce, désormais sanctionnés par une injonction, éventuellement suivie d'une amende administrative, et introduit une nouvelle pratique restrictive de concurrence), et (ii) du nombre trop important de pratiques restrictives qu'il comporte (18 au total) alors que nombre d'entre elles ne sont pour ainsi dire jamais invoquées ni condamnées.

En pratique, l'« avantage » visé à l'article L. 442-6, 1° du code de commerce vise généralement une rémunération accordée par le fournisseur au distributeur (par exemple, le versement par le fournisseur au distributeur de sommes en rémunération de services de coopération commerciales obscurs et sans valeur ajoutée pour le fournisseur).

Ceci soulève la question de l'application du déséquilibre significatif aux **clauses tarifaires** (Chagny M., L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?, préc.). Il ne s'agit pas ici d'apprécier la rémunération correspondant au service rendu qui ne relève pas des obligations d'achat et de vente, mais le prix du produit (ou service) acheté dans le cadre de l'opération principale. Le texte de l'article L. 442-6, I, 2° ne permet pas de considérer que les clauses tarifaires seraient exclues de son champ d'application. Plusieurs jugements ont déjà fait application du texte à des obligations tarifaires (voir not. T. com. Lille, 6 janv 2010, n° 2009-05184, Ministre de l'Économie c/ Castorama ; Behar-Touchais M., 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 ; T. com. Lille, 7 sept. 2011, n° 2009/05105, Ministre de l'Économie c/ Eurachan, confirmé par CA Paris, pôle 5, ch. 2, 11 sept. 2013, n° RG : 11/17941).

Mais dans un jugement du 24 septembre 2013, le tribunal de commerce de Paris a estimé que « la notion de déséquilibre significatif visée par le Conseil constitutionnel ne saurait être entendue comme pouvant porter sur l'adéquation du prix au bien vendu, dès lors que l'article L. 132-1 [du code de la consommation] exclut expressément celle-ci de son domaine » (T. com. Paris, 24 sept. 2013, Ministre de l'Économie c/ Galec, préc.).

Pour le tribunal, cela est conforme à l'article 1591 du code civil sur la détermination du prix et la jurisprudence y afférente, selon laquelle le juge ne peut modifier le prix de vente déterminé par les parties, ce qui amène le tribunal à considérer que les rabais, remises, ristournes sont des composantes de la détermination du prix, qui ne peuvent être modifiés par le juge.

Or, les négociations annuelles entre fournisseurs et distributeurs ont précisément pour objet, comme l'indique l'article L. 441-7 du

code de commerce qui impose l'établissement d'une convention unique, « de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale ».

S'il est satisfaisant pour les entreprises que le juge ne s'immisce pas dans la fixation en commun par les parties du prix de vente des produits ou services, l'application d'une telle solution à la lettre conduirait à vider de leur substance les dispositions relatives au déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en écartant l'application du texte à toute négociation significativement déséquilibrée d'un élément constitutif du prix (rabais, remise, ristourne), alors que tel est précisément – du moins partiellement – l'objet des négociations commerciales annuelles.

L'argument de l'inapplicabilité du déséquilibre significatif au prix fixé par les parties a été mis en avant dans une affaire opposant la société Ikea à l'un de ses fournisseurs, ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 mai 2013 précité. Pour la cour d'appel, il incombe « néanmoins » au juge, en application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, d'« examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif » (CA Paris, 23 mai 2013, Ikea Supply, préc.).

Le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties peut résulter du prix fixé par les parties, ou, plus précisément, des éléments constitutifs de ce prix.

Un tel déséquilibre financier pourrait encore être appréhendé par le **paragraphe 4** de l'article L. 442-6, I du code de commerce. Il s'agit de la pratique consistant à « obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ».

L'application de ce texte est toutefois difficile compte tenu de la difficulté à démontrer l'existence de la menace de rupture brutale, impossible en pratique puisque systématiquement implicite.

Ici, l'article L. 442-6, 2° du code de commerce peut apparaître utilement comme une manière de pallier cette difficulté probatoire.

À cet égard, rappelons que la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) avait estimé en 2008 que « la notion nouvelle de déséquilibre significatif entre droits et obligations des parties à vocation à appréhender toute situation, qu'elle comporte ou non des pratiques décrites par un autre alinéa de l'article L. 442-6 du code de commerce » (CEPC, avis, 22 déc 2008, DGCCRF/08112808 ; Behar-Touchais M., 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 » ?, préc. ; Grall J-C et Tourret P., La disproportion ne paye plus !, préc.).

II. – QUELLE EST LA MÉTHODE APPLIQUÉE PAR LES TRIBUNAUX POUR APPRÉHENDER UN « DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DANS LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES » ?

À la simple lecture du texte, on constate que la notion est calquée, et donc directement inspirée, de celle existant dans les relations entre professionnels et consommateurs. Nous faisons référence ici



au contrôle des **clauses abusives** (Mathey N., Le déséquilibre significatif : approches civilistes et consumériste, Contrats, conc., consom. 2013, dossier 3).

C'est justement cette référence au droit de la consommation qui a permis au Conseil constitutionnel d'estimer que le texte ne violait pas le principe de **légalité des délits et des peines** de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Chagny M., L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?, préc.).

En réponse à une question prioritaire de constitutionnalité de la société Darty, le Conseil constitutionnel a estimé le texte suffisamment clair notamment aux **motifs** suivants : (i) la notion n'est pas nouvelle: elle existe à l'article L. 132-1 du code de la consommation, qui dispose que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » ; (ii) cette notion est reprise de la directive n° 93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre consommateurs ; (iii) l'article L. 132-1 du code de la consommation fait l'objet d'une jurisprudence abondante à laquelle le justiciable aussi bien que le juge peut utilement se référer ; (iv) l'article L. 442-6, III, 6° donne la possibilité à la juridiction saisie de solliciter l'avis de la CEPC (Cons. const, QPC, 13 janv 2011, n° 2010-85).

Ceci laisse penser que la LME a introduit une certaine forme de contrôle des clauses abusives entre professionnels. Effectivement, la problématique qui existe dans les négociations commerciales entre certains fournisseurs et certains acteurs de la grande distribution est similaire à celle qui existe entre un professionnel et un consommateur, à savoir, un rapport de force déséquilibré (le professionnel vis-à-vis du consommateur – les centrales d'achat et de référencement de la grande distribution à dominante alimentaire vis-à-vis des fournisseurs de petite taille non adossés à de grands groupes industriels et/ou dont le produit n'est pas incontournable) (Relevons toutefois que, comme certains auteurs l'ont souligné, le fournisseur a une parfaite connaissance technique du produit, ce qui est rarement le cas du consommateur [Ponsard M., Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives, Contrats, conc., consom. 2013, dossier 4]), une nécessité de recourir à un contrat standardisé sans lequel la gestion organisée des relations contractuelle serait impossible en pratique.

La cour d'appel de Paris a pleinement fait application de cette décision du Conseil constitutionnel dans le récent arrêt rendu dans l'affaire *Galec* (CA Paris, 18 sept 2013, *Galec c/* Ministre de l'Économie, préc.). En effet, la cour d'appel fait directement référence aux clauses noires de l'article R. 132-1 du code de la consommation, considérées comme étant irréfragablement abusives en raison de « la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre des contrats » (C. consom., art. L. 132-1). Pour la cour d'appel de Paris, « ces règles peuvent inspirer l'application de l'article L 442-6, I, 2° du code de commerce ». C'était effectivement le souhait du Conseil constitutionnel. En l'espèce, la cour vise le fait de « supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations » (CA Paris, 18 sept 2013, *Galec c/* Ministre de l'Économie préc.).

Comment identifier le caractère « significatif » du déséquilibre ? Quelle est la limite du déséquilibre possible dans une négociation ?

La cour d'appel de Paris estime que l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce suppose d'« examiner si (...) ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif » (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° RG : 12/01166 ; Chagny M., L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?, préc.).

Le caractère « significatif » du déséquilibre peut-il résulter du fait que la clause est appliquée à un certain nombre de fournisseurs ?

C'est ce qu'a semblé considérer le tribunal de commerce de Bobigny dans son jugement du 29 mai 2012 rendu dans l'affaire *Darty*. Le tribunal a en effet relevé que les clauses critiquées se retrouvent pratiquement à l'identique, pour 15 fournisseurs différents. Il a également constaté que les clauses ont été mises en œuvre à l'égard de 5 fournisseurs, rapportant à Darty la somme de 637 000 euros (T. com. Bobigny, 29 mai 2012, n° 2009F01541, Ministre de l'Économie c/ Darty).



Comment identifier le caractère « significatif » du déséquilibre ? Quelle est la limite du déséquilibre possible dans une négociation ?

S'il peut s'agir d'un critère d'appréciation, cette circonstance ne saurait suffire à elle-seule à démontrer le caractère significatif du déséquilibre.

La notion de déséquilibre « significatif » reste abstraite, et la jurisprudence ne fournit, à ce stade, pas d'indices précis permettant de « modéliser » cette notion.

En revanche, les tribunaux semblent indiquer que la preuve contraire reste possible sur le terrain de la **contrepartie** (Behar-Touchais M., 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 » ?, préc.).

La notion de déséquilibre renvoie à une mise en balance, à une comparaison. Il s'agit donc d'observer si les droits et obligations d'une partie sont équivalents à ceux de son cocontractant.

Le tribunal de commerce de Lille, qui a pour la première fois fait application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce en 2010 dans l'affaire *Castorama*, a appliqué une telle approche, en sanctionnant des clauses donnant un avantage au distributeur sans réciprocité ni contrepartie au fournisseur (au sujet de l'obligation pour le fournisseur de verser des acomptes au distributeur ; T. com. Lille, 6 janv 2010, n° 2009/05184, Ministre de l'Économie c/ *Castorama* ; Behar-Touchais M., 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 » ?, préc.).

C'est la même approche qu'a retenue la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 18 septembre 2013, dans lequel elle estime que : « le déséquilibre significatif peut être établi par l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties ». Dans cette affaire, la cour d'appel a pris soin de préciser que « le *Galec* ne démontre pas que ce déséquilibre aurait été

Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce

↳ <http://lamyline.lamy.fr>

compensé par une obligation ou une contrepartie pécuniaire qu'il aurait prise en charge ou qu'il participerait de l'économie de ses relations avec les fournisseurs » (CA Paris, 18 sept. 2013, Galec c/ Ministre de l'Économie, préc.).

De même, dans l'affaire *EMC Distribution*, la cour a estimé que la centrale ne démontre pas que les obligations critiquées seraient nécessaires à l'équilibre contractuel ni que le déséquilibre était compensé par d'autres stipulations (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, *EMC Distribution c/ Ministre de l'Économie*, préc.). La cour d'appel de Paris a accordé le même traitement à *Provera* : « la société *Provera* ne justifie pas que d'autres éléments de la convention peuvent justifier un tel déséquilibre » (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, *Provera France c/ Ministre de l'Économie*, préc. ; voir, également, dans le même sens : CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, *Ministre de l'Économie c/ Galec*, préc. : « le Galec n'offre pas de justifier que d'autres clauses du contrat permettent de rééquilibrer les obligations des parties »).

Il semble par conséquent que les tribunaux exigent des défendeurs – en l'occurrence des distributeurs – qu'ils rapportent la preuve de l'existence de contreparties destinées à rééquilibrer le déséquilibre prétendument créé par les clauses examinées, pour échapper à la condamnation. Un déséquilibre significatif n'est-il pas caractérisé si le défendeur parvient à démontrer qu'il est compensé par d'autres droits prévus dans le ou les contrats en cause.

Y a-t-il lieu d'examiner les effets de la pratique ?

Le texte appréhendant le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties se situe parmi les pratiques restrictives de concurrence, qui sont, à la différence de la plupart des pratiques anticoncurrentielles, prohibées sans apprécier leur effet concret sur la concurrence. En effet, là où le Code de la consommation appréhende « les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer (...) » un déséquilibre significatif, le Code de commerce appréhende quant à lui les « obligations créant » un déséquilibre significatif, ce qui laisse penser qu'il n'y a pas lieu d'apprécier les effets de la pratique.

Dans l'affaire *EMC Distribution*, la cour d'appel de Paris, rappelant le contexte économique et confirmant qu'il s'agissait d'une cause de responsabilité *per se*, a estimé que « la qualification d'une pratique consistant à imposer à un partenaire des obligations qui créent un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties, ou à tenter de le faire, lorsqu'elle résulte de clauses contractuelles, est indépendante de la preuve de l'application desdites clauses » (CA Paris, 4 juill. 2013, *EMC Distribution c/ Ministre de l'Économie*, préc. ; voir, dans le même sens, CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, *Ministre de l'Économie c/ Galec*, préc. : « l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce a vocation à être appliqué pour ces stipulations de pénalités qui créent un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur, peu important que les clauses soient ou non appliquées (...) »).

De même, dans l'affaire *Provera*, l'une des deux clauses censurées concernait une possible résiliation du contrat 8 jours après envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception « restée infructueuse » par l'une ou l'autre des parties en cas de sous-performance du produit. La cour d'appel de Paris a estimé que le délai de réaction de 8 jours laissé était insuffisant pour permettre de corriger le manquement et que l'utilisation de la clause par le four-

nisseur restait grandement théorique (CA Paris, 20 nov. 2013, *Provera France c/ Ministre de l'Économie*, préc.).

La DGCCRF n'avait pourtant relevé aucune difficulté dans l'application de cet article, ni interrogé les fournisseurs sur leur appréhension de cette clause. Au contraire, le distributeur poursuivi avait même démontré que certains fournisseurs, certes d'envergure, l'avaient appliqué à leur profit. Pourtant, la clause est censurée en tant que telle, en raison de l'interprétation abstraite et théorique retenue par le ministre, suivi par le juge.

Cette approche « *per se* » du déséquilibre significatif rend la défense du contrat très difficile. Si une telle approche de la pratique doit être maintenue, il faut alors, à tout le moins, qu'il soit tenu compte de l'absence d'effet de la pratique dans l'évaluation de l'amende civile.

Sur ce dernier point, en droit des pratiques anticoncurrentielles, l'article L 464-2, I, alinéa 3 du code de commerce, qui donne le pouvoir à l'Autorité de la concurrence d'infliger des sanctions pécuniaires, fixe des critères précis qui permettent de déterminer leur montant : (i) **gravité** des faits, (ii) importance du **dommage à l'économie**, (iii) **situation de l'entreprise** ou du groupe auquel elle appartient, (iv) **réitération** des pratiques.

Or, l'article L. 442-6, III du code de commerce ne fournit aucun élément permettant de déterminer le montant de l'amende civile.

L'examen de la jurisprudence permet toutefois de constater que les tribunaux tiennent compte de deux principaux éléments : (i) les effets avérés de la pratique et (ii) la surface financière de l'entreprise en cause.

Dans l'affaire *Provera*, le tribunal de commerce de Meaux a prononcé l'amende civile la plus réduite, **250 000 euros**, au motif que le ministre n'avait pas rapporté la preuve de l'usage de la clause en cause, ni l'importance de l'impact sur la trésorerie des fournisseurs (T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n° 2009/02295, *Ministre de l'Économie c/ Provera*, ; Behar-Touchais M. Aucune clause ne résiste à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce sanctionnant le déséquilibre significatif, RLC 2012/31, n° 2038, confirmé par CA Paris, 20 nov. 2013, n° RG : 12/04791, préc.).

Dans l'affaire *Darty*, le tribunal a estimé qu'il lui appartenait d'apprécier le montant de l'amende civile au regard de la **gravité** des infractions. Il a tenu compte de la position de leader de Darty dans la distribution des produits blancs, bruns et gris, de son chiffre d'affaires de 2,7 milliards d'euros, de son image positive auprès du public, de la généralisation des contrats types utilisés par Darty, puis a tenu compte du fait que le ministre n'a pas démontré l'impact des pratiques sur la trésorerie des fournisseurs et, par conséquent, a limité l'amende civile à **300 000 euros** (T. com. Bobigny, 29 mai 2012, n° 2009F01541, *Ministre de l'Économie c/ Darty*).

Dans l'affaire *Galec*, la cour d'appel de Paris a multiplié par deux l'amende déjà très importante, de 1 000 000 euros, infligée par le tribunal de commerce de Paris. La cour a en effet estimé que « l'amende civile doit viser à prévenir et dissuader les pratiques restrictives prohibées, mais lucratives en matière commerciale ; que la **gravité** du comportement en cause et le **dommage à l'économie** en résultant doivent être pris en compte » (CA Paris, 18 sept. 2013, *GALEC c/ Ministre de l'Économie*, préc.). La cour observe en outre que le montant de l'amende était compatible avec la capacité contributive du Galec, ce qui l'a conduite à fixer le mon-



tant de l'amende civile à 2 000 000 euros. On retrouve donc ici plusieurs des critères de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Dans l'affaire *EMC Distribution*, sur le montant de l'amende, la cour d'appel affirme qu'« il convient de tenir compte de ce que le ministre de l'Économie n'a pas rapporté la démonstration de la mise en œuvre effective des clauses prohibées et de ce que la société *EMC Distribution a*, dès l'année suivant l'assignation, remédié aux préoccupations de l'Administration », puis, contre toute attente, augmente le montant de l'amende civile de 200 000 euros pour le faire passer à 600 000 euros (CA Paris, 4 juill. 2013, n° RG : 12/07651, *EMC Distribution c/ Ministre de l'Économie*).

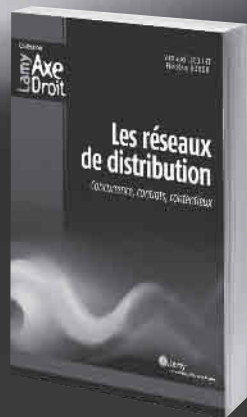
Concernant la nullité, relevons qu'en vertu de l'article L. 446-2, III du code de commerce, seuls le ministre de l'Économie et le procureur de la République peuvent demander « la nullité des clauses ou contrats illicites ».

Pour pallier le fait que les victimes des pratiques (« toute personne y ayant intérêt » selon l'article L. 442-6, III du code de commerce) n'ont pas, en vertu de l'article L. 442-6, III du code de commerce, la possibilité d'intenter une action visant à obtenir la nullité de la clause ou du contrat, en pratique, certains tribunaux déclarent qu'est réputée non écrite la clause contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce (CA Paris, 7 juin 2013, *GE Capital*, préc., au sujet d'une clause pénale insérée dans un contrat de crédit).

La victime d'un déséquilibre significatif peut donc obtenir qu'une clause soit réputée non écrite, soit, un résultat équivalent à la nullité relative (à l'égard du cocontractant en cause), alors que l'article L. 442-6, III du code de commerce ne permet à la victime de la pratique de n'engager que la responsabilité délictuelle de l'auteur de la pratique. ■

Collection
Lamy Axe Droit

” Nouveaux droits
Nouveaux
livres de droit



Les réseaux de distribution
Concurrence, contrats, contentieux

Un panorama complet dédié aux praticiens et juristes d'entreprise

- Les règles de concurrence internes et communautaires applicables aux réseaux de distribution
- Les possibilités de configuration d'un réseau de distribution
- La technique contractuelle au service de la gestion des réseaux de distribution
- Les problématiques modernes de la gestion des réseaux de distribution
- Le contentieux de la gestion des réseaux de distribution

Auteurs : Arnaud LECOURT, Frédéric BONDIL
| 350 pages

46 €


Commander en ligne www.lamyaxedroit.fr

À retourner, accompagné de votre règlement à :
Wolters Kluwer France - Service VPC - CP 408 - 1 rue Eugène et Armand Peugeot - 92856 Rueil-Malmaison cedex - Tél. : 01 76 73 30 82

Oui, je souhaite commander (indiquer le nombre d'exemplaires) :

Titre	Réf.	Prix TTC*	Quantité	Total TTC
Les réseaux de distribution	21744	46 €		
				Frais de port** : 5 €
TOTAL =			 €

*TVA à 5,5 %. En cas de modification prochaine du taux TVA, le nouveau taux sera appliqué et le montant TTC maintenu
**Tarif valable en France métropolitaine. Pour l'étranger et les DOM-TOM, nous consulter

 une marque Wolters Kluwer

Offres valables dans la limite des stocks disponibles. Conformément à la loi du 6 janvier 1978, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France SAS -VPC. Conditions générales de vente (extrait) : toute commande comporte nécessairement l'acceptation de nos conditions de vente. Les marchandises sont stipulées payables à Paris et voyagent aux risques et périls du destinataire. Aucun retard de livraison ne peut donner lieu à des dommages et intérêts. En cas de litige, le Tribunal de Commerce de Nanterre est seul compétent.

Wolters Kluwer France - SAS au capital de 300 000 000 € - SIREN 480 081 306 RCS Nanterre - A_LAD_RD14_190x140_NB_B_9075