



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MÉMOIRES

**Master 2 de Droit européen des affaires
Dirigé par Monsieur le Professeur Louis Vogel
2013**

***Le déséquilibre significatif dans les
contrats de distribution***

Marguerite Goislard de La Droitière

Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis Vogel

RÉSUMÉ :	4
INTRODUCTION :	6
TITRE 1 : LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF AU SOUTIEN DE LA NÉGOCIATION COMMERCIALE	11
CHAPITRE 1 : UNE NOTION CONSUMÉRISTE	11
<i>Section 1 : L'inspiration consumériste de la notion</i>	11
I. Origines des notions	11
A. Le déséquilibre significatif au secours du consommateur	11
B. La prohibition des clauses abusives	13
II. Une notion adaptée à la matière commerciale	14
A. Protéger le fournisseur pour protéger le consommateur	14
B. Des sources issues du Code de la consommation mais une application distincte	15
<i>Section 2 : Des articles conçus avec des aspirations différentes</i>	17
I. Un dispositif distinct du droit de la consommation	17
A. L'opposition entre analyse du contrat et l'analyse clause à clause	17
B. L'économie générale du contrat au cœur de la notion du déséquilibre significatif	18
II. Le rôle de la CEPC	19
A. La CEPC, sœur de la Commission des clauses abusives	19
B. Une influence encore sujette à hésitation	20
CHAPITRE 2 : LE CARACTÈRE DISSUASIF DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF	24
<i>Section 1 : La menace de l'action du ministre de l'Économie</i>	24
I. La mise en œuvre de l'action du ministre	24
A. La protection de l'ordre public économique par le ministre	24
B. L'immixtion d'un tiers dans le contrat	26
II. Une mise en œuvre contestée	27
A. Les précisions apportées par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel	27
B. Le juge européen au soutien de l'action du ministre	29
<i>Section 2 : La menace d'une action en responsabilité</i>	31
I. Le rééquilibrage du rapport de force	31
A. Le refus des clauses déséquilibrées au stade de la négociation	31
B. Le manque de clarté de la notion pointé du doigt	33
II. Un bilan mitigé	34
A. Le faible recours à une notion pourtant vaste	34
B. Une notion potentiellement double-emploi	36
TITRE 2 : LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF AU SOUTIEN DE LA RENÉGOCIATION COMMERCIALE	40
CHAPITRE 1 : LA SANCTION COMME BASE DE RENÉGOCIATION	40
<i>Section 1 : Une notion support</i>	40
I. Le caractère civiliste de la notion	40
A. Lésion et déséquilibre significatif	40

B. Force obligatoire du contrat et déséquilibre significatif	42
II. Un remède aux failles des pratiques anticoncurrentielles.....	44
A. Abus de position dominante et de dépendance économique et déséquilibre significatif.....	44
B. Une compétence spéciale des juridictions	46
<i>Section 2 : La menace pécuniaire</i>	<i>47</i>
I. La crainte de l’amende civile.....	47
A. Le dispositif instauré.....	47
B. Une action sujette à critique.....	48
II. L’action en responsabilité.....	50
A. L’indemnisation de la victime	50
B. La répétition de l’indu.....	52
CHAPITRE 2 : L’APPRÉCIATION DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DANS LE CONTRAT DE DISTRIBUTION.....	56
<i>Section 1 : Entre économie générale du contrat et raisonnement clause par clause</i>	<i>56</i>
I. Les errements jurisprudentiels	56
A. Des solutions tiraillées entre faveur envers une analyse de l’économie générale du contrat ou une analyse clause par clause	56
B. Vers l’instauration d’une liste de clauses grises ou noires	58
II. Les précisions apportées par le Conseil constitutionnel	60
A. L’incitation à un raisonnement par analogie.....	60
B. Une décision peu suivie	61
<i>Section 2 : Les récentes précisions sur la notion de déséquilibre significatif</i>	<i>63</i>
I. Une solution attendue	63
A. La faveur à une analyse clause par clause	63
B. La sévérité du juge à l’égard du distributeur	64
II. L’appréciation souveraine des juges du fond	66
A. La prise en compte des circonstances	66
B. Des réponses en suspens	67
CONCLUSION :	72
BIBLIOGRAPHIE :	74

Résumé :

La notion de déséquilibre significatif, présente à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, issue de la Loi de modernisation de l'économie, a fait l'objet de vives attaques des praticiens dès son entrée en vigueur. Le terme de déséquilibre significatif, déjà présent dans le Code de la consommation à l'article L. 132-1, a fait craindre une analogie pure et simple qui aurait porté une atteinte importante à la négociation commerciale. En effet, la doctrine a souligné qu'un partenaire commercial ne saurait certainement pas être placé dans la même situation qu'un consommateur. La jurisprudence est donc intervenue pour préciser une notion rédigée en des termes volontairement larges afin de contenir le plus de pratiques possibles. En 2009, le Ministre de l'Économie assigne un certain nombre de distributeurs sur le fondement de cette disposition. Un important contentieux s'en est suivi et continue d'avoir cours devant les juridictions. Les distributeurs, pour se défendre, ont argué de l'inconstitutionnalité de l'article, en raison de sa formulation générale. Ils ont également appuyé leur argumentaire sur l'irrecevabilité de l'action du ministre, fondée sur l'article L. 442-6, III du Code de commerce, car cela aurait été admettre l'immixtion d'un tiers dans les rapports contractuels.

Les interventions du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme ont été nécessaires pour sauver les « assignations Novelli », et donc le déséquilibre significatif. Malgré cela, la notion ne cesse de faire débat en raison des interprétations qu'en a fait la jurisprudence. Le débat s'est principalement cristallisé autour de l'analyse à faire du contrat. Raisonnant par analogie avec le droit de la consommation, ainsi qu'encouragé par le Conseil constitutionnel dans l'une de ses décisions, les juges devraient examiner clause par clause le contrat afin de déterminer si l'obligation est abusive. En d'autres termes, une clause pourrait être abusive tandis que la suivante ne le serait pas. Les praticiens en revanche ont estimé que le législateur, en employant le terme « d'obligations », démontrait une volonté de prendre en compte l'économie générale du contrat, et non une simple clause placée hors de tout contexte. Les juridictions devraient donc examiner tout le contrat afin de savoir s'il est déséquilibré. Une clause pourrait être défavorable à l'une des parties, pourvu qu'une autre la contrebalance. Les juges n'ont cependant pas suivi ce raisonnement et ont opté pour une analyse se rapprochant du droit de la consommation. La Cour d'appel de Paris a, semble-t-il, clos le débat en 2013 en tranchant en faveur de cette option. La solution semble donc acquise, désormais le déséquilibre significatif doit s'apprécier sous l'angle d'une analyse clause par clause.

Cette solution n'est pas sans poser des difficultés car le propre de la négociation commerciale est justement de parvenir à une véritable négociation, par laquelle les parties se concèdent mutuellement des avantages. Or, en décidant de déclarer abusives les clauses sans prendre en compte l'ensemble du contrat, cela risque fort d'aboutir à un contrat foncièrement déséquilibré pour la partie jugée forte dans le contrat, c'est-à-dire généralement le distributeur. Or, les conséquences pécuniaires sont très importantes pour ce dernier qui risque également de supporter le paiement d'une amende civile et des dommages et intérêts. Il semble donc que soit l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce mériterait d'être modifié afin de réinstaurer une cohérence dans le dispositif, soit la jurisprudence devrait revoir sa position et accepter davantage de souplesse pour ne pas nuire aux relations commerciales.

Introduction :

La notion de déséquilibre significatif est vue par certains auteurs comme « *un outil fourre-tout, une machine à chasser l'abus, une « bonne à tout faire » du droit des pratiques restrictives* »¹.

Adoptée le 4 août 2008 par la Loi de modernisation de l'économie (LME)², la notion de déséquilibre significatif est codifiée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce en les termes suivants : « I.- *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 2° 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 notion de déséquilibre significatif appartient au droit de la concurrence, mais la doctrine qualifie souvent l'article L. 442-6 du Code de commerce de « petit droit de la concurrence », par opposition au « grand droit de la concurrence » que constitueraient contrôle des concentrations et pratiques anticoncurrentielles. Cette distinction opérée tient à l'objet protégé par chacune des deux catégories. Le « grand droit de la concurrence » protège le marché dans son ensemble, alors que le « petit droit de la concurrence » protège des intérêts plus particuliers et ciblés³. Pourtant, ce « petit droit de la concurrence » pourrait presque être qualifié de « droit anticoncurrentiel » dans la mesure où il vient poser un frein à la libre concurrence et restreindre la liberté de négociation commerciale. En raison du caractère polymorphe de ce droit, il est fréquent de le désigner sous les termes « droit des pratiques restrictives de concurrence », « droit de la concurrence » ou encore « droit commercial ». En effet, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce lui-même vise le « partenaire commercial », situant ainsi le litige au cœur de ce droit. Il est nécessaire de rappeler que le partenaire commercial « *se définit comme un professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une action quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble*

¹ Martine 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 du droit ?* », Revue Lamy de la concurrence, n° 23, 2010.

² Loi de modernisation de l'économie, 4 août 2008, n° 2008-776.

³ Martine BEHAR-TOUCHAIS, « *Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 46, 2010.

dans les activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus étroite de cocontractant »⁴.

La réforme engendrée par la LME a entraîné des opinions nuancées de la part de la doctrine. D'une part, certains la voit avec espoir, espérant y voir une « *(r)évolution du droit français de la concurrence* »⁵. Il est vrai que les changements sont conséquents, il s'agit de la plus grande réforme du droit de la concurrence depuis l'Ordonnance de 1986⁶. Cette loi a pour objectif ambitieux de « *mobiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance* » si on en croit son Titre II. Pour se faire, elle opte pour une libéralisation de la négociation commerciale qui passe par l'abrogation des dispositions interdisant *per se* les discriminations antérieurement présentes à l'article L. 442-6, I, 1°. L'abrogation de cette notion, présente en droit français depuis l'Ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix⁷, sonne comme une révolution. Avant la LME du 4 août 2008, la partie engageait sa responsabilité si elle obtenait de son partenaire commercial des prix, des délais de paiement, des conditions ou des modalités de vente discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles. Cette notion a porté un frein à la négociation personnalisée, par crainte des parties de voir leurs responsabilités engagées en application de cette disposition. La disparition de la notion annonce donc une ère de liberté dans les relations commerciales. En effet, désormais, les parties sont libres de déterminer a priori librement des « *prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat* »⁸ sans craindre le grief de la discrimination. Néanmoins, cette abrogation ne s'est pas effectuée sans que le législateur ait prévu des garde-fous. Si certes, la sanction de la discrimination n'est plus à craindre, le législateur vient encadrer la négociation pour que cette liberté accordée ne s'accompagne pas d'effets pervers. C'est ainsi que la LME vient encadrer les délais de paiement et contrôle le contenu du contrat afin qu'il ne crée pas un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Afin d'instaurer un dispositif de contrôle plus adapté, l'article L. 442-6, I, 2° est modifié. Son ancienne rédaction avait souffert, à juste titre, du grief de l'inapplicabilité. En effet, sous l'empire des anciennes dispositions de l'article précité, l'entreprise victime devait démontrer que son cocontractant avait abusé d'une part de son état de dépendance économique. D'autre part, l'autre partie devait disposer d'une puissance

⁴ Cour d'appel de Nancy, 14 février 2013, n° 12/00378.

⁵ Muriel CHAGNY, « *Une (R)évolution du droit français de la concurrence ?* », La Semaine Juridique Edition Générale, n° 42, 15 octobre 2008.

⁶ Ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence, 1^{er} décembre 1986, n° 86-1243.

⁷ Ordonnance relative aux prix, 30 juin 1945, n° 45-1483.

⁸ Code de commerce, article L. 442-6, I, 1° abrogé par la LME.

d'achat. Le législateur n'avait pu prévoir l'application qu'en feraient les juridictions. Celles-ci n'ont pas donné un sens autonome aux termes employés dans l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, et ont repris le contenu défini par la jurisprudence au titre des pratiques anticoncurrentielles. Or, l'abus d'un état de dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce, est difficile à caractériser et la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence démontre la rigueur de son application. Ainsi, en assimilant les termes employés à l'article L.442-6, I, 2° aux termes de l'article L. 420-2 du Code de commerce, les juges condamnaient à l'inefficacité la disposition relative aux pratiques restrictives de concurrence. C'est pourquoi la LME opère, et l'initiative est louable, à une modification de l'article pour cette fois y insérer des termes généralistes et distincts de ceux employés dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles.

D'autre part, cet ajout, a priori louable, a entraîné un certain scepticisme chez les auteurs⁹. Cette réforme pouvait en effet être regardée avec méfiance, le Professeur Malaurie-Vignal souligne à cet effet que l'on peut reprocher « *que l'on modernise un peu trop souvent et de plus en plus souvent* ». En effet, quelques mois auparavant, la loi Chatel 2 entrainait en vigueur et venait modifier des dispositions du Code de commerce¹⁰. C'est pourquoi les auteurs ont pu craindre une énième réforme qui ne trouverait application que le temps nécessaire à élaborer une nouvelle loi sur la matière.

Outre cette suspicion de réforme en trompe-l'œil, c'est le contenu même de l'article L. 442-6 du Code de commerce qui est attaqué. Les auteurs s'interrogent, à juste titre, sur l'opportunité de créer une nouvelle notion – celle du déséquilibre significatif – au milieu de notions semble-t-il similaires. En effet, à la lecture de la disposition, la nuance entre, par exemple, le déséquilibre significatif et l'avantage sans contrepartie n'est pas aisément perceptible. Le législateur s'est en effet abstenu de préciser le contenu de la nouvelle notion. Tout au plus un amendement - rapidement retiré - du Député Daniel Fasquelle, préconisant l'emploi de la notion « d'obligations disproportionnées » plutôt que de celle de déséquilibre significatif, nous éclaire-t-elle sur le sens à donner au terme finalement adopté. En s'en tenant à une définition pratique de la notion de « déséquilibre significatif » issue d'un dictionnaire non juridique, est visée la nette disproportion entre des choses opposées. En des termes plus juridiques, le déséquilibre significatif serait la nette disproportion entre les obligations des

⁹ Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ?* », *Revue Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, Novembre 2008.

¹⁰ Loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, 3 janvier 2008, n° 2008-3.

parties. De cette définition apparaît une autre question non résolue : à partir de quand le déséquilibre est significatif ? La réponse à cette question appartient aux juges qui se chargent, au fil de leurs décisions, d'apporter des précisions sur les critères à retenir dans l'appréciation du déséquilibre significatif.

Conçue de manière explicite pour freiner les abus dans le secteur de la grande distribution, la disposition relative au déséquilibre significative semble vouée à s'appliquer dans tous les rapports de la vie des affaires. En 2012, dans ce secteur, les fournisseurs ne pouvaient ainsi contracter qu'avec l'une des cinq centrales d'achats présentes sur le territoire français¹¹. En conséquence de cette structure oligopsonistique du marché, les centrales d'achats n'hésitent pas à négocier des prix bas sous la menace de déréférencement du fournisseur qui se montrerait peu arrangeant¹². Néanmoins, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce se garde bien de viser la grande distribution et choisit, et la solution est louable, de viser le « partenaire commercial » sans davantage de précisions. Voici bien une imprécision qui mérite d'être saluée. Ainsi, toutes les entreprises se trouvent soumises à ce risque de franchir le pas du déséquilibre commercial, et non seulement les grandes centrales d'achats. Il en résulte tout de même une incertitude lourde de conséquences pour l'entreprise. Comment s'apprécie le déséquilibre significatif dans le contrat ?

De cela pas un mot dans le Code de commerce, ni aucune précision apportée par les débats parlementaires. Les décisions sur le fondement de cette disposition sont encore trop peu nombreuses et trop contradictoires pour en tirer des conclusions. Pourtant, l'enjeu est de taille et il en résulte une grande incertitude juridique. Si le juge venait à privilégier une analyse clause par clause, alors les parties devront bien se garder de soumettre l'autre à une seule obligation instaurant un déséquilibre significatif. Néanmoins il n'est pas aberrant que les parties se fassent mutuellement des concessions, l'une acceptant une clause qui lui est chère en contrepartie de l'insertion d'une clause qui lui est défavorable. La négociation viserait alors à parvenir à un équilibre du point de vue de l'économie générale du contrat. Or, en ne précisant pas si le « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » s'apprécie par rapport à l'économie générale du contrat ou à la faveur d'une analyse par clauses, le législateur laisse planer un doute préjudiciable pour les entreprises¹³.

¹¹ DGCCRF, « *Grande distribution et croissance économique en France* », Étude n° 11, Décembre 2012.

¹² Bruno DEFFAINS, « *Quelle analyse économique pour le droit de la distribution ?* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

¹³ Fabrice RIEM, « *Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ?* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 21, 2009.

En vigueur depuis désormais plusieurs années, il est possible d'établir un bilan de la LME en son aspect relatif au déséquilibre significatif. Ces cinq dernières années ont permis de répondre à certaines interrogations de la doctrine mais ont également soulevé de nouvelles interrogations. L'apport de la jurisprudence permet de jauger de l'efficacité de la réglementation. Ainsi, au cours de ces années d'existence, la notion de déséquilibre significatif a-t-elle été « *une arme de destruction massive des contrats ou un simple sabre de bois* »¹⁴ ?

Conçue, dans l'optique de sanctionner le partenaire indélicat qui imposerait une obligation déséquilibrée à son cocontractant, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce vient, de manière intéressante, au soutien de la négociation commerciale (*Titre 1*). Comme le contentieux devant les juridictions consulaires nous l'enseigne, plus qu'un simple instrument de négociation, le déséquilibre significatif devient le point de départ d'une renégociation commerciale (*Titre 2*).

¹⁴ Muriel CHAGNY, « *Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ?* », Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 12, Décembre 2008.

TITRE 1 : LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF AU SOUTIEN DE LA NÉGOCIATION COMMERCIALE

Les auteurs ont tôt fait d'établir le lien flagrant qui existe entre la nouvelle notion de déséquilibre significatif et le droit de la consommation qui contient également cette notion, employant la même terminologie. Si les similarités sont nombreuses, il n'est pas certain que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce suive le même chemin que son homologue consommériste. Il ne peut donc être fait l'économie d'une étude comparative entre le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence (*Chapitre 1*). La différence entre les deux notions tient également au caractère dissuasif des actions qui peuvent être exercées à l'encontre du partenaire commercial qui abuserait de sa puissance d'achat ou de vente pour soumettre son cocontractant (*Chapitre 2*).

Chapitre 1 : Une notion consommériste

Si l'inspiration consommériste ne fait aucun doute tant les deux articles sont proches (*Section 1*), le Code de commerce, parce qu'il entend régir les relations entre partenaires commerciaux, répond à un fonctionnement distinct (*Section 2*).

Section 1 : L'inspiration consommériste de la notion

I. Origines des notions

A. Le déséquilibre significatif au secours du consommateur

L'article L. 132-1 du Code de la consommation est rédigé en ces termes : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Le terme de « déséquilibre significatif » est donc bien employé *in extenso* en droit de la consommation. La notion est bien plus ancienne que celle introduite en 2008 en droit

commercial. Son insertion dans le Code de la consommation provient de la transposition en droit français d'une directive communautaire¹⁵. Ca n'est qu'en 1995, par le biais d'une loi transposant la directive précédente¹⁶, que l'article L. 132-1 du Code de la consommation acquiert la rédaction qu'on lui connaît s'agissant du déséquilibre significatif.

Le but de cet article est clair, protéger le consommateur contre l'usage par le professionnel de sa puissance, en insérant dans ses contrats des clauses abusives que le consommateur n'est pas en position de refuser. Cet article est pertinent en ce qu'il prend pleinement en compte la situation du consommateur considéré, à juste titre, comme « la partie faible » du contrat. Afin de ne pas créer un contentieux sans fin, la disposition précitée, contient, en son avant-dernier alinéa, une exclusion quant au champ d'application de son premier alinéa : « *l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa 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* ». Sans cet alinéa, le consommateur aurait lui-même pu abuser de la protection qui lui a été conférée par la loi et contester ces dispositions afin de parvenir à une renégociation du contrat à son avantage.

Le projet de loi relatif à la consommation¹⁷, à l'heure actuelle en cours d'adoption, prévoit la mise en place d'une action de groupe au bénéfice du consommateur. Combinée avec la prohibition des clauses abusives, les voilà munis d'armes sérieuses face aux potentiels abus des professionnels. D'autant que si le législateur s'est bien gardé de préciser le contenu du déséquilibre significatif en droit de la concurrence, il s'est montré plus expansif en droit de la consommation en listant des clauses abusives ou réputées abusives dans le Code de la consommation.

¹⁵ Directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 5 avril 1993, n° 93/13/CEE.

¹⁶ Loi concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, 1 février 1995, n° 95-96.

¹⁷ Projet de loi relatif à la consommation adopté en 1ère lecture par l'Assemblée nationale, 3 juillet 2013 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0176.asp>].

B. La prohibition des clauses abusives

Certaines clauses paraissent entraîner un tel déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties que le législateur les a, par décret¹⁸, listées et insérées dans le Code de la consommation à la suite de l'adoption de la LME. Ce dispositif, contrairement au déséquilibre significatif contenu dans le Code de commerce, se distingue par sa clarté. Il permet également une harmonisation des droits de la consommation de l'Union européenne, le dispositif modifié s'aligne sur celui déjà présents dans certains systèmes juridiques voisins. De surcroît, à la différence du droit commercial, le droit de la consommation ne fait pas reposer la détermination du déséquilibre significatif sur les seules épaules du juge. En effet, celui-ci ne joue un rôle que si la clause à analyser ne figure pas dans les listes suivantes.

Peuvent être distinguées des clauses « noires », codifiées à l'article R. 132-1 du Code de la consommation. Ces clauses sont, de manière irréfragable, considérées comme abusives. Sans effectuer un fastidieux inventaire, certaines clauses abusives méritent d'être mentionnées en raison de leur présence potentielle dans les contrats conclus entre professionnels. Par exemple, l'article précité considère comme abusive la clause qui réserve « *au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre* », ou encore la clause qui reconnaît « *au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur* ». A la lecture des clauses irréfragablement considérées comme abusives, il apparaît qu'est abusive la clause qui fait supporter une obligation unilatérale sur l'une des parties, sans qu'elle soit justifiée.

L'article R. 132-2 du Code de la consommation contient quant à lui une liste de clauses « grises », réputées abusives. Dans ce cas de figure, le professionnel peut justifier la présence de cette clause. Par exemple, est réputée abusive la clause qui impose « *au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné* ». Le professionnel peut donc contester la qualification de clause abusive en démontrant que l'obligation répond à des motifs précis.

¹⁸ Décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, 18 mars 2009, n° 2009-302.

Autant la modification du droit de la consommation en matière de déséquilibre significatif aura été globalement bien accueillie¹⁹, modifiant un système qui avait dévoilé ses failles et son ineffectivité. Autant la modification du droit commercial est perçue avec une grande réserve, rares étant les auteurs y voyant le sauveur de l'équilibre contractuel. Il aurait été aisé, au lendemain de la LME, de procéder par analogie car, comme exposé ci-dessus, certaines clauses sont susceptibles d'exister tant dans les contrats de consommation que dans les contrats de distribution. Cependant, à la lecture des articles L. 132-1 du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, il apparaît que les deux notions, employant certes la même terminologie, sont vouées à s'appliquer différemment en raison de leurs aspirations différentes. Il apparaît en effet que, si elles sont proches, elles n'en demeurent pas moins que lointaines parentes.

II. Une notion adaptée à la matière commerciale

A. Protéger le fournisseur pour protéger le consommateur

Si le Gouvernement a pris le parti de la sévérité en modifiant l'article L. 442-6 du Code de commerce, c'est bien pour protéger le consommateur et non tant pour battre le professionnel. Cette volonté est affichée au sein de la lettre de mission, émise par le Ministre de l'Économie et le Secrétaire d'État à la consommation, qui, pour justifier l'abrogation de l'interdiction des discriminations, indique que l'application de la disposition a eu un effet pervers qui « *s'est traduit durablement à la fois par des hausses de tarifs et par une inflation sur les prix de revente aux consommateurs* »²⁰. En remodelant l'article L. 442-6 du Code de commerce, le Gouvernement de l'époque espère qu'ainsi les nouvelles conditions de la négociation commerciale aboutiront à une situation gagnant-gagnant, dans laquelle distributeurs et fournisseurs parviennent à un accord qui engendre une baisse des prix, baisse ensuite reportée sur le consommateur. Cette volonté est affirmée plus clairement par le Ministre de l'économie lors de la présentation de la loi qui annonce que : « *cette réforme va permettre aux fournisseurs de négocier librement des tarifs et les consommateurs auront*

¹⁹ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et « grises* » », La Semaine Juridique Edition Générale, n° 14, 1^{er} avril 2009.

²⁰ Ministre de l'Économie, Secrétaire d'État à la consommation, « *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente* », Février 2008.

accès à plus de supermarchés et donc aux prix les plus bas »²¹. Et cela car il n'existe pas une frontière hermétique entre les contrats de distribution et les contrats de consommation. Selon le Professeur Malaurie-Vignal : « *l'adoption d'une notion commune avec le droit de la consommation traduit une unité fondamentale de la relation fournisseur - distributeur - consommateur. L'idée est que si l'on maltraite le fournisseur ou le distributeur, le consommateur est également victime* »²². Ainsi, si le fournisseur est victime d'une pratique abusive, le consommateur risque d'en pâtir.

Une trop forte pression des fournisseurs de la part des distributeurs engendre de lourdes conséquences pour le consommateur. D'une part, le fournisseur n'est pas à même de négocier librement les prix avec le distributeur par peur des représailles. Or, prix bas négocié dans la chaîne de distribution ne signifie pas prix bas pour le consommateur ! En l'absence de pressions concurrentielles, les grands réseaux de distribution ne sont pas poussés à réduire leurs profits pour s'assurer une survie sur le marché. D'autre part, l'abus de la puissance d'achat est un frein à l'innovation puisque le fournisseur victime cherche avant tout à se maintenir par les prix, avant de chercher à se maintenir grâce à sa gamme de produits²³.

Toutefois, il ne faut pas conclure de l'existence de cette relation tripartite que le « déséquilibre significatif » recouvre la même notion que l'on se situe en droit de la consommation ou en droit de la distribution.

B. Des sources issues du Code de la consommation mais une application distincte

La LME a réformé le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence en même temps. L'usage du terme « déséquilibre significatif » n'a rien d'un hasard et établit un parallèle entre l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Certains auteurs évoquent de manière pertinente une « parenté » entre les deux textes²⁴. Néanmoins, l'alinéa inséré dans le Code de commerce

²¹ Jean-Christophe GRALL, « *Présentation des principales dispositions du projet de Loi de modernisation de l'économie : affirmation du principe de libre négociabilité des tarifs* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 16, 2008.

²² Marie MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.* note 9, page 8.

²³ Bruno DEFFAINS, *op. cit.* note 12, page 9.

²⁴ Muriel CHAGNY, « *L'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations* », Recueil Dalloz 2011, page 392.

n'est pas aussi détaillé que les dispositions du Code de la consommation. C'est pourquoi, après l'adoption de la LME, de nombreuses questions étaient soulevées quant à l'application de cette nouvelle disposition relative aux pratiques restrictives de concurrence. Deux différences majeures ont pu être décelées entre les deux notions. La première tient à l'objet du contrôle, tandis que la deuxième porte sur la sanction du déséquilibre significatif.

La première différence intéressante entre ces deux articles tient à la source de l'abus. En droit de la consommation seule la clause est abusive. Tandis qu'en droit commercial, c'est l'obligation qui est susceptible d'être abusive, sans qu'il y ait une quelconque limite s'agissant du prix, comme en droit de la consommation²⁵. En conséquence, tout élément peut être qualifié d'abusif. De surcroît, la clause abusive en droit de la consommation est celle qui a « *pour objet ou pour effet de créer (...) un déséquilibre significatif* ». Se trouve bien là une notion chère au droit de la concurrence, celle de l'objet ou des effets des pratiques. Pourtant, de manière surprenante, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne réemploie pas le terme malgré son appartenance au droit de la concurrence. Il se borne à affirmer, de manière péremptoire, que la responsabilité de la partie qui bénéficie d'une obligation créant un déséquilibre significative est engagée de ce seul fait. En conséquence, si en droit de la consommation est examinée la clause et son objet ou ses effets, abstraction faite du comportement du professionnel, en droit commercial le raisonnement est inverse. Il y a lieu d'examiner le comportement de celui qui a imposé l'obligation potentiellement déséquilibrée. Le contrôle à opérer n'est donc certainement pas le même.

La deuxième différence tient à la sanction du déséquilibre significatif. L'article L. 132-1 du Code de la consommation énonce, en son alinéa 6, que « *les clauses abusives sont réputées non écrites* ». L'alinéa 8 prend la peine de préciser de manière didactique que « *le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses* ». Par conséquent, il n'est point question de responsabilité, ou d'amende, du professionnel. La seule sanction sera donc la sortie de la clause, le contrat quant à lui continuant à tenir lieu de loi pour les parties²⁶. A l'inverse, dans un contrat conclu entre deux professionnels, la sanction est bien plus sévère. L'article L. 442-6 du Code de commerce prévoit que le professionnel engage sa responsabilité et doit indemniser le professionnel victime du déséquilibre significatif. En continuant la lecture de cette même

²⁵ Cécile THÉPOT, « *L'articulation des règles relatives à la prohibition des clauses abusives* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 62, 2011.

²⁶ *Code civil*, article 1134.

disposition apparaissent d'autres sanctions, et non des moindres. Le ministre de l'Économie et le ministère public peuvent en outre réclamer le paiement d'une amende civile d'un montant qui ne saurait excéder 2 millions d'euros, ou qui peut atteindre le « *triple du montant des sommes indûment versées* ». Le juge a également la possibilité de faire bénéficier la décision d'une large publicité. La sanction en droit commercial est bien plus importante qu'elle ne l'est en droit de la consommation.

Il existe par ailleurs d'autres différences majeures entre les deux articles qui méritent d'être abordées plus longuement.

Section 2 : Des articles conçus avec des aspirations différentes

I. Un dispositif distinct du droit de la consommation

A. L'opposition entre analyse du contrat et l'analyse clause à clause

Ainsi qu'il l'a été expliqué précédemment, le Code de commerce et le Code de la consommation divergent en ce que l'un fait référence à la clause, et l'autre aux obligations. C'est partant de ce constat qu'est apparue une question qui, tant qu'elle n'aura pas fait l'objet d'une réponse, sera source d'insécurité juridique pour le professionnel. Si dans le contrat de consommation le déséquilibre est apprécié du point de vue de la clause examinée, faut-il raisonner ainsi en droit de la concurrence ?

Une partie de la doctrine à souligner avec pertinence que, plutôt que de s'interroger sur les liens entre l'article L. 132-1 du Code de la consommation et l'article L. 442-6 du Code de commerce, peut-être la solution se cacherait-elle au sein même de la disposition présente au I, 2°. En analysant l'article précité, sans se limiter à son alinéa relatif au déséquilibre significatif, il apparaît que de multiples pratiques sont énumérées, telle l'obtention d'un avantage sans contrepartie, compris au I, 1°, ou encore tel l'usage de la menace de déréférencement pour obtenir du partenaire commercial 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* », prévu au I, 4° du même Code. C'est ce qui a poussé certains auteurs à émettre l'hypothèse que le législateur avait peut-être souhaité prévoir des dispositions sur les clauses abusives, instaurant ainsi un mécanisme similaire à celui présent dans le Code de la consommation, et qu'il avait également prévu un « garde-

fou »²⁷ qui, de manière plus générale, engloberait le contrat en son entier. Si telle était l'intention du législateur, alors soit l'abus est sanctionné clause par clause au titre des différents alinéas de l'article L. 442-6 du Code de commerce, soit, la pratique, à défaut de pouvoir être sanctionnée au titre des clauses abusives, sera examinée en son ensemble, par rapport au contrat dans sa globalité. Néanmoins une telle analyse ne convainc pas même les auteurs qui la soulèvent²⁸.

Est également avancé qu'il faut pencher en faveur d'une analyse globale du contrat et rejeter l'analyse clause par clause, en raison de la rédaction même de l'article. Celui-ci vise « *les droits et obligations des parties* ». L'usage du pluriel laisserait entendre qu'il y a lieu de traiter un ensemble de dispositions, et non seulement une disposition spécifique²⁹. Cette explication paraît plus convaincante. D'autant qu'il faut bien faire la distinction entre la partie protégée au titre du droit de la consommation et au titre du droit de la concurrence. En droit de la consommation le contrat est un contrat d'adhésion. Le consommateur n'a aucun moyen de discuter les clauses. En droit de la concurrence, une véritable négociation est supposée avoir cours entre les parties, des concessions mutuelles peuvent être consenties. Il est donc rationnel de prendre en compte le contrat dans sa globalité et non une clause particulière.

Si l'analyse de la rédaction de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce peut apporter des réponses aux interrogations, une simple réflexion sur la nature des relations en cause permet d'aboutir à une même conclusion.

B. L'économie générale du contrat au cœur de la notion du déséquilibre significatif

Comme l'explique avec justesse Maître Fourgoux, en droit de la consommation le déséquilibre à sanctionner est juridique³⁰. En droit de la concurrence, le déséquilibre à sanctionner est d'ordre économique. Cela revient à répondre à la question : chaque partie trouve-t-elle son compte dans le contrat ? En effet, si en droit de la consommation l'une des

²⁷ Muriel CHAGNY, *op. cit.* note 24, page 15.

²⁸ Martine BÉHAR-TOUCHAIS, « *Actualité des pratiques restrictives* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 20, 2009.

²⁹ Martine BÉHAR-TOUCHAIS, « *LME* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 17, 2008.

³⁰ Jean-Louis FOURGOUX, « *Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives* », Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 3, Mars 2011.

parties agit à des fins privées, pour la satisfaction de ses propres besoins, en droit de la concurrence, les parties poursuivent la pérennité de leur activité qui passe nécessairement par le développement d'une activité lucrative et rentable. Négocier un contrat en de bons termes permet aux producteurs de couvrir le coût des investissements qu'ils ont dû réaliser pour développer leur activité, sans cela l'activité ne saurait perdurer.

En partant d'une analyse clause par clause, le juge aura tôt fait de constater à la seule analyse des pénalités de retard prévues dans les contrats de distribution, que ces dernières sont bien plus sévères vis-à-vis du fournisseur qu'elles ne le sont vis-à-vis du distributeur³¹. Pourtant, si la grande distribution tend à abuser sur ce point précis, rien ne dit que le contrat souffre d'une économie générale significativement déséquilibrée.

C'est pourquoi, d'un point de vue pragmatique c'est méconnaître les spécificités du secteur de l'achat/vente que de pencher en faveur d'une analyse clause par clause du déséquilibre significatif. Au lendemain de la LME, les auteurs ont tous estimé qu'une application similaire à celle exposée pour l'article L. 132-1 du Code de la consommation est foncièrement inadaptée.

Il s'agissait alors de tâtonnement et c'est plein d'espoir que la doctrine évoquait les nouvelles attributions de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC).

II. Le rôle de la CEPC

A. La CEPC, sœur de la Commission des clauses abusives

Ainsi qu'il l'a été exposé précédemment, la nouvelle notion de déséquilibre significatif insérée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'a pas fait l'objet d'une définition. La LME, tout en insérant cette disposition, confère également un nouveau pouvoir à la CEPC. L'article L. 442-6, III prévoit désormais que la CEPC peut être saisie par les juridictions saisies d'un contentieux relatif aux pratiques restrictives prévues à l'article L. 442-6. Elle rendra alors un avis non contraignant sur la question soulevée. Si cette attribution est nouvelle, la CEPC, elle, n'est pas apparue avec la LME. Elle a été créée par une loi en 2001³² et pouvait déjà émettre des avis sur saisine du ministre de l'Économie, du président de l'Autorité de la concurrence,... Il doit être noté que le projet de loi relatif à la consommation

³¹ Bruno DEFFAINS, *op. cit.* note 12, page 9.

³² *Loi relative aux nouvelles régulations économiques*, 15 mai 2001, n° 2001-420.

envisage de supprimer de l'article L. 442-6, III du Code de commerce la saisine par les juridictions de la CEPC. Il ne faut pas y voir une suppression définitive car, dans un souci de cohérence, l'alinéa serait intégré à l'article L. 440-1 du Code de commerce qui définit la composition, le rôle et la saisine de la CEPC. Ainsi, si le projet de 2013 devait être adopté le régime de la saisine de la CEPC n'en serait pas affecté.

Un nouveau parallèle peut être fait avec le droit de la consommation. En effet, aux termes de l'article L. 132-2 du Code de la consommation : « *la commission des clauses abusives, placée auprès du ministre chargé de la consommation, connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs. Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif* ». Tant l'appellation donnée à ces deux commissions que leurs missions en font des organismes parents. Néanmoins il ne faudrait pas conclure à une gémellité de ces deux institutions. La Commission des clauses abusives bénéficie de plus de trente années d'existence, elle a pu, depuis, asseoir sa position et se placer en référence tant pour les praticiens que pour les juges. La CEPC est, quant à elle, bien plus jeune, n'existant « que » depuis douze années.

La Commission des clauses abusives a eu une forte influence sur le droit de la consommation, publiant fréquemment des listes de clause présumées abusives selon le secteur considéré. C'est donc source de sécurité juridique pour le professionnel qui peut rédiger ses contrats de consommation en conséquence. Après tant d'années d'existence, l'extension du rôle de la CEPC a fait espérer une telle influence³³. Les espoirs ont vite été déçus, cinq années après la LME, la possibilité d'une saisine des juridictions n'a pas entraîné un bilan très positif.

B. Une influence encore sujette à hésitation

La LME permettant la saisine de la CEPC par une juridiction, les professionnels comme la doctrine ont espéré que celle-ci viendrait au secours de la notion floue de déséquilibre significatif. En 2013, le bilan est très mauvais malgré l'analyse positive qu'en fait son ancienne Présidente³⁴. A la lecture des rapports annuels d'activité de la CEPC il doit

³³ Benoît GABORIAU, Colloque « *Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

³⁴ Catherine VAUTRIN, « *La CEPC a besoin d'appréhender les sujets sous un angle économique, davantage en prise avec la sphère réelle* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 54, 2010.

être relevé que pas une saisine d'une juridiction n'a eu lieu pour l'année 2010 et 2011³⁵. Pire, pas une saisine non plus en 2008 et 2009³⁶. Pour justifier ce chiffre, la CEPC argue que ces années ont été marquées par la transmission de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), rendant obsolète la saisine de la commission. Néanmoins d'autres raisons peuvent être avancées. D'une part, la saisine de la CEPC entraîne un sursis à statuer. Celle-ci a alors quatre mois pour rendre un avis sur le point qui lui a été soumis. Si au terme de ces quatre mois elle n'a rien délivré, la procédure reprend. Or, quatre mois est une période relativement longue pour la vie des affaires, d'autant que rien n'assure qu'un avis sera émis par la CEPC à son terme.

D'autre part, c'est la composition même de la CEPC qui est susceptible de poser problème. Outre les « reclassements » politiques qui y ont cours, la partialité de certaines personnalités peut être sujette à une légitime suspicion. Ainsi, la CEPC est composée de parlementaires, de magistrats, de personnalités qualifiées, de fournisseurs, de distributeurs et... de l'administration ! En clair, le juge doit trancher un litige sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce entre, par exemple, un fournisseur et un distributeur, pour se faire il saisit la CEPC. Certes en vertu de l'article 11 du Règlement intérieur de la CEPC : « *l'anonymat des pièces et documents est assuré, notamment, en occultant le nom des personnes citées, la nature du produit, l'aire géographique visée par le dossier* », pourtant compte-tenu de la publicité de certains contentieux, la confidentialisation des données relève de l'hypocrisie. En conclusion, la DGCCRF, notamment, aura accès au dossier ce qui pose un grave problème d'indépendance. De surcroît, la CEPC est composée, comme expliquée précédemment, de fournisseurs et de grossistes afin de rétablir une parité. Il est à craindre une lutte entre intérêts divergents. C'est d'ailleurs ce que constate le nouveau président de la CEPC, qui évoque des « relations compliquées (...) entre la grande distribution et l'industrie agro-alimentaire »³⁷.

Pour remédier à ces difficultés, Maître Bretzner propose, pour éviter le grief de la partialité, d'exclure la DGCCRF de la composition de la CEPC³⁸. A ce titre, il peut être noté que la Commission des clauses abusives est composée de la même façon, à l'exception de l'administration qui ne fait pas partie de ses membres. En ce sens, la CEPC aurait tort de ne

³⁵ CEPC, « *Rapport annuel d'activité 2010/2011* ».

³⁶ CEPC, « *Rapport annuel d'activité 2008/2009* ».

³⁷ Razy HAMMADI, « *CEPC : un bilan positif à consolider dans les mois à venir* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 35, 2013.

³⁸ Jean-Daniel BRETZNER, Colloque « *Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

pas imiter cette commission sœur. Maître Bretzner évoque également la nécessité d'instaurer une procédure contradictoire devant la CEPC. Actuellement, la CEPC délivre un avis sans inviter les parties à formuler des explications. Or, l'avis délivré dans le cadre d'une saisine par un juge a vocation à éclairer ce dernier sur la solution à adopter. Il est donc préférable, compte-tenu de l'influence que pourrait avoir cet avis, bien que n'ayant pas un caractère contraignant, de permettre aux parties d'être entendues.

A la lecture du règlement intérieur de la CEPC, et face à la timidité des juridictions, il semble bien qu'il y ait une réticence de ces dernières à saisir pour avis la Commission. Ainsi, pour élever la CEPC au rôle d'arbitre de la négociation commerciale, il serait bon de veiller à ce qu'impartialité et contradictoire deviennent son maître-mot. Cela est d'autant plus urgent que la notion de déséquilibre significatif nécessite une clarification, sans quoi elle demeurera un certain temps source d'insécurité juridique pour les parties.

Conclusion du Chapitre 1 :

La notion de déséquilibre significatif insérée dans le Code de commerce n'est pas totalement nouvelle puisqu'elle existe depuis un certain temps déjà dans le Code de la consommation. Si globalement la notion ressemble à celle présente dans le Code de la consommation, les textes présentent des différences de taille liées aux contextes en présence. D'une part, le Code de la consommation protège le consommateur qui est présumé partie faible car il ne peut pas négocier face au professionnel, hors rares cas. D'autre part, le Code de commerce protège une négociation qui est susceptible de déboucher sur l'acceptation d'un ensemble d'obligations défavorables à un des partenaires commerciaux. L'idée est donc différente car d'un côté le contrôle porte sur la clause sans s'attarder à la situation réelle dans laquelle le consommateur a conclu le contrat. De l'autre, sont examinées, selon la lettre même de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, les obligations dans un premier temps, puis dans un second temps seulement celles-ci peuvent être déclarées abusives ou non.

Les deux articles ont donc une parenté certaine, mais ne sauraient être qualifiés de frères jumeaux. Certes, la CEPC ressemble de manière flagrante à son homologue consumériste : la Commission des clauses abusives. Leur différence tient actuellement principalement à leurs influences respectives. En droit de la consommation, la Commission a su acquérir une place de choix et est parvenue à devenir une référence en la matière. Cette institution est également plus prolixe en publications, alors que la CEPC tarde à se faire sa place, sans doute en raison du peu d'avis qu'elle publie.

Il ne faudrait donc pas établir une analogie entre les deux concepts. Leurs ressemblances existent, mais leurs dissemblances également. La disposition issue du Code de la consommation ne doit servir qu'aux études comparatives et certainement pas à éclairer sur le contenu et l'application à faire de la notion du Code de commerce

Chapitre 2 : Le caractère dissuasif du déséquilibre significatif

Le déséquilibre significatif, conçu comme un garde-fou de la négociation commerciale, met l'accent sur l'aspect répressif. Mais loin d'être un simple outil de renégociation du contrat, l'article L. 442-6 du Code de commerce est un véritable outil de négociation. En effet, la négociation va pouvoir se dérouler dans un rapport davantage égal à égal grâce à la menace de l'action du ministre de l'Économie (*Section 1*), mais également grâce à la menace de l'action en responsabilité (*Section 2*)

Section 1 : La menace de l'action du ministre de l'Économie

I. La mise en œuvre de l'action du ministre

A. La protection de l'ordre public économique par le ministre

L'action du ministre de l'économie, prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce, a été instaurée par la loi NRE en 2001 face au constat que la partie faible dans le contexte de la négociation commerciale bien souvent évitait d'engager elle-même l'action par peur de représailles. Cette disposition prévoit la possibilité pour le ministre de demander la cessation des pratiques, la répétition de l'indu, la nullité de la clause ou du contrat illicite, ainsi qu'une amende civile. Cette action est justifiée par la nécessité de protéger l'ordre public économique. Comme étudié *supra*, lorsque le fournisseur est atteint par les pratiques du distributeur – et celles-ci sont nombreuses, environ 60 % des marques britanniques rapportent avoir été victimes d'abus dans leurs relations avec leurs distributeurs³⁹, ce qui laisse penser que la France n'est sans doute pas en reste – le consommateur en pâtit nécessairement. C'est donc toute une structure qui est ébranlée. Le ministre de l'Économie est alors perçu comme le gardien du marché, de l'ordre public économique. Il doit toutefois être noté que le terme « d'ordre public économique » n'est dans un premier temps pas évoqué, mais ne le sera qu'à la suite du long feuillet de la constitutionnalité de l'article L. 442-6, III du Code de

³⁹ Bruno DEFFAINS, *op. cit.* note 12, page 9.

commerce. Par un arrêt de 2008, la Cour de cassation préfère employer la terminologie « *action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* »⁴⁰

La LME n'ajoute rien au dispositif mais se contente de durcir les sanctions prévues. Désormais le Ministre de l'économie peut toujours demander au juge le prononcé d'une sanction d'un montant maximal de deux millions d'euros, mais il lui est désormais possible de requérir le paiement d'une amende du triple du montant des sommes indûment perçues. Ces deux sanctions ne peuvent toutefois se cumuler, le ministre doit choisir l'une ou l'autre des sanctions dans sa demande. Lors de la mise en place de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, des sceptiques se demandaient si le ministre allait réellement user de cette faculté pour sanctionner les obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties⁴¹.

Pourtant, un an après l'entrée en vigueur de l'article relatif au déséquilibre significatif, le ministre de l'Économie use de son pouvoir au moyen des très médiatiques « assignations Novelli »⁴², du nom du Secrétaire d'État du Commerce, de l'Artisanat, des Petites et Moyennes entreprises, du Tourisme, des Services et de la Consommation. La procédure débute en novembre 2009 avec l'assignation de neuf grands groupes de distribution : Auchan, Carrefour, Casino, Castorama, Cora, Darty, Intermarché, Leclerc et Système U. Il est reproché à ces derniers d'avoir imposé à leurs fournisseurs, dans leurs contrats, des clauses entraînant un « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ». Usant de son pouvoir, l'amende civile réclamée est de deux millions d'euros, sont également demandées la nullité des accords et la répétition de l'indu.

Ces assignations ont entraîné une levée de boucliers de la part des distributeurs assignés. Ceux-ci n'ont pas manqué de contester la légalité du dispositif, cet aspect sera développé plus en détail *infra*. Il est flagrant de constater, dans ces procédures, le mutisme des fournisseurs, pourtant parties victimes à protéger.

⁴⁰ Cour de cassation, chambre commerciale, « *Ministre de l'Économie contre Galec* », 8 juillet 2008, n° 07-16.761.

⁴¹ Jean-Christophe GRALL, *op. cit* note 21, page 14.

⁴² Thierry CHARLES, « *Reconnaissance du « déséquilibre significatif », la revanche de Novelli* », Les Échos, 4 février 2011.

B. L'immixtion d'un tiers dans le contrat

La volonté de protéger l'ordre public économique a fait grand bruit. Tant de bruit qu'on a tôt fait d'oublier que les fournisseurs sont les victimes directes des clauses abusives. Il est nécessaire de s'interroger sur l'interprétation à donner à l'action du ministre par rapport à ceux-ci, une action réalisée en tant que tiers à un contrat. Comme le rappelle le Professeur Malaurie-Vignal, il faudrait ne pas perdre de vue le but de chaque droit. Le droit de la concurrence vise à protéger le marché, tandis que le droit des pratiques restrictives vise à protéger les acteurs de la négociation commerciale⁴³. En conséquence, admettre l'action du ministre c'est admettre l'immixtion d'un tiers dans le contrat qui va venir troubler la chose des parties.

Un autre point nous semble problématique. L'article L. 442-6, III du Code de commerce permet au ministre de l'Économie de demander la nullité de la clause ou de la convention. Or, cette nullité est absolue parce qu'elle a vocation à s'appliquer vis-à-vis de tous. La Cour de cassation l'a par ailleurs clairement affirmé : « *toute convention ou clause contraire à des dispositions relevant de l'ordre public économique est entachée d'une nullité absolue ; que les contrats contraires aux dispositions des articles (...) L. 442-6 du code de commerce sont donc entachés d'une nullité absolue* »⁴⁴. Pourtant, comment justifier que le fruit d'une négociation, qu'elle ait réellement eu lieu ou qu'il s'agisse uniquement d'une négociation fictive, soit anéanti sur volonté d'un tiers ? Il ne peut qu'être rappelé ce principe si bien connu du droit civil « *le contrat est la loi des parties* ». Plus que jamais cette affirmation est malmenée par l'intervention du juge⁴⁵. L'ordre public économique devient ainsi un moyen de s'immiscer dans le contrat. Il n'aurait bien évidemment pas été possible d'opter pour une nullité relative de la clause ou du contrat. Cela aurait voulu dire que le contrat tomberait entre le ministre de l'Économie et la partie défenderesse, mais qu'il survivrait entre la partie victime du déséquilibre significatif et l'auteur de la pratique. Cela n'aurait aucun sens. Néanmoins, cette prérogative exorbitante du ministre de l'Économie est fortement critiquable⁴⁶.

⁴³ Marie MALAURIE-VIGNAL, « *La Cour de cassation reconnaît la spécificité de l'action du ministre de l'Économie fondée sur l'article L. 442-6, III du Code de commerce* », Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 10, Octobre 2008.

⁴⁴ Cour de cassation, chambre commerciale, 11 septembre 2012, n° 11-17.458.

⁴⁵ Jean-Louis FOURGOUX, « *Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse* », Gazette du Palais, n° 260, 16 septembre 2008.

⁴⁶ Martine BÉHAR-TOUCHAIS, *op. cit.* note 28, page 17.

A titre d'illustration peut être mentionnée l'action du Ministre de l'Économie qui, sur le fondement de l'ancienne rédaction de l'article L. 442-6 du Code de commerce, a prospéré devant le Tribunal de commerce de Nanterre⁴⁷. Ce dernier, par jugement, ordonne la restitution des sommes indument perçues, d'un montant de 23 millions d'euros. Ces sommes devront être versées au Trésor public, lequel les reversera par la suite aux fournisseurs. A la lecture de cette décision il apparaît bien qu'il s'agit d'une action en substitution⁴⁸, même si, comme il sera examiné *infra*, le Conseil constitutionnel rejette la qualification d'action de substitution, les fournisseurs plaidant, contre leur gré, par procureur. A la suite de cette condamnation, nombre de fournisseurs avaient affirmé au distributeur qu'ils ne réclameraient pas les sommes mises de côté pour eux auprès du Trésor public. Le distributeur a alors cru bon de conclure des protocoles transactionnels avec ceux-ci, annonçant qu'ils renonçaient à un remboursement. Le ministre de l'Économie a assigné à nouveau le distributeur devant le tribunal de commerce, estimant que ces accords engendraient un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Le juge accueille les prétentions du ministre et condamne le distributeur à une amende d'un million d'euros accompagnée d'une publication de la décision dans de grands périodiques français⁴⁹.

L'action du ministre de l'Économie pose des difficultés également car il s'agit de l'intervention d'une autorité administrative non indépendante. Il obtient nécessairement ses moyens de preuve par le biais de ses pouvoirs exorbitants. C'est pour cela qu'a débuté une lutte acharnée contre l'action du ministre qui a nécessité l'intervention de la Cour de cassation, du Conseil constitutionnel et pour finir de la Cour européenne des droits de l'homme.

II. Une mise en œuvre contestée

A. Les précisions apportées par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel

Le contentieux était lancé dès 2008, avant même l'adoption de la LME, par le distributeur condamné à la répétition de l'indu dans l'affaire précédemment citée. La Cour

⁴⁷ Tribunal de commerce de Nanterre, « *Ministre de l'Économie contre Galec* », 15 novembre 2005.

⁴⁸ Martine BÉHAR-TOUCHAIS, « *On ne reprend pas aux fournisseurs ce que le ministre leur a « restitué » !* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 31, 2012.

⁴⁹ Tribunal de commerce de Paris, « *Ministre de l'Économie contre Galec* », 22 novembre 2011, n° 2011058173.

d'appel avait déclaré irrecevable l'action du ministre au motif qu'il n'avait pas prévenu les fournisseurs de cette action⁵⁰. Le ministre de l'Économie a alors formé un pourvoi en cassation. Par un arrêt du 8 juillet 2008, la Cour de cassation affirme que « *l'action du ministre chargé de l'économie, (...) qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs* »⁵¹. La Cour de cassation valide donc l'action du ministre, quand bien même celui-ci n'aurait pas au préalable informé les fournisseurs de sa volonté d'agir contre le distributeur. Il est intéressant de noter que cet arrêt a été rendu au visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce qui laisse présager que le distributeur ne compte pas se satisfaire de la décision des juridictions françaises.

Si la Cour balaie d'un revers de main les arguments du distributeur. Il n'en demeure pas moins que cet arrêt est contestable. D'une part le ministre de l'économie agit à la place des parties, alors que celles-ci ne veulent pas toujours agir. D'autre part, les amendes civiles prononcées peuvent atteindre un montant de deux millions d'euros, et c'est d'ailleurs ce que réclamait le ministre de l'Économie en l'espèce. Or, il s'agit d'un dispositif quasi-pénal, à l'image des procédures devant la Commission ou le Conseil de la concurrence, qui ne présente pas les mêmes garanties que présente une action en matière pénale. Pour ces raisons, cette solution semble discutable⁵². Néanmoins, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel est venu préciser le dispositif.

Dans le cadre de l'une des actions du ministre, un distributeur va soulever la question de la constitutionnalité de l'article L. 442-6, III du Code de commerce. Le tribunal de commerce⁵³ considérant la question pertinente, la transmet à la Cour de cassation. Cette dernière reçoit la question et, l'estimant nouvelle et sérieuse, la soumet au Conseil constitutionnel⁵⁴. Par une décision du 13 mai 2010⁵⁵, le Conseil constitutionnel déclare l'action du ministre conforme à la Constitution. Il estime que le dispositif ne porte pas une

⁵⁰ Cour d'appel de Versailles, « *Ministre de l'Économie contre Galec* », 3 mai 2007, n° 05/09223.

⁵¹ Cour de cassation, *op. cit.* note 40, page 24.

⁵² Marie MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.* note 43, page 26.

⁵³ Tribunal de commerce de Romans-sur-Isère, 8 décembre 2010, n° 2007J70079.

⁵⁴ Cour de cassation, chambre commerciale, 8 mars 2011, n° 10-40.070.

⁵⁵ Conseil constitutionnel, QPC, 13 mai 2011, n° 2011-126.

atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, ni au principe du contradictoire car la société assignée peut appeler à la cause son cocontractant, ni au droit de propriété en raison de la répétition de l'indu. Le Conseil constitutionnel émet néanmoins une réserve d'interprétation. L'action est conforme à la constitution et n'est pas « *subordonnée au consentement ou à la présence du partenaire commercial lésé* », néanmoins il ajoute aussitôt que comme est en cause la nullité du contrat, le ministre de l'Économie a l'obligation d'informer les cocontractants de l'engagement de l'action en justice. Ainsi, le Conseil valide la disposition mais impose une information préalable des fournisseurs de l'engagement de l'action. Pourtant, la Cour de cassation avait dit l'inverse en juillet 2008, et le Conseil ne l'ignore pas puisqu'il cite l'arrêt dans sa décision ! Comme cela sera examiné *infra*, l'arrêt de la Cour de cassation a été confirmé postérieurement.

Cette décision a le mérite de rendre aux fournisseurs le contentieux. Ils ne pourront certes pas s'y opposer, mais ils ne seront pas ignorés par le ministre. Elle résonne comme un coup de tonnerre car elle intervient en 2011, deux ans après les « assignations Novelli ». Or ces dernières, se fondant sur l'arrêt de la Cour de cassation, avaient été effectuées sans que les fournisseurs ne soient informés de la procédure engagée. Les affaires étaient pendantes devant les juridictions, si bien que le ministre de l'Économie a dû revoir ses prétentions à la baisse, comme cela sera détaillé *infra*.

Les distributeurs n'ont toutefois pas baissé les bras, et c'est dans l'espoir d'une jurisprudence européenne plus clémente que l'un d'eux a saisi la Cour européen des droits de l'homme.

B. Le juge européen au soutien de l'action du ministre

A peine la décision du Conseil constitutionnel rendue, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) était saisie par un distributeur afin qu'elle statue sur la conventionalité de l'article L. 442-6, III du Code de commerce. La société requérante avait été condamnée en première instance à rembourser ses fournisseurs à hauteur de 23 millions d'euros à la suite d'une action du ministre de l'Économie, puis la cour d'appel avait invalidé le jugement estimant l'action du ministre irrecevable. La Cour de cassation avait cassé l'arrêt d'appel et la cour d'appel de renvoi s'était inclinée. Toutes les voies de recours étant épuisées, le distributeur se tourne vers la CEDH estimant que « *l'action en substitution du ministre a eu*

pour effet d'usurper le droit d'agir en justice des fournisseurs, entraînant l'iniquité du procès dans lequel elle était défenderesse ». Néanmoins, la Cour européenne va décevoir les espoirs du distributeur puisqu'elle aussi déclare l'article conventionnel⁵⁶. Elle estime que « *le ministre, par son action, n'exclut pas les cocontractants lésés (...) puisque ces derniers restent en droit d'engager eux-mêmes une action en justice aux fins d'obtenir l'annulation des clauses ou des contrats illicites, la répétition de l'indu et le paiement de dommages-intérêts, ou de se joindre à l'instance initiée par le ministre* ». La Cour estime donc que soit les fournisseurs pourront agir de manière indépendante, soit ils pourront rejoindre l'instance. Cela confirme la position du Conseil constitutionnel, la solution n'est donc pas nouvelle.

Comme développé *supra*, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel avaient eu une appréciation divergente de la légalité de l'action du ministre, la première estimant que l'information des cocontractants n'était pas un prérequis, tandis que la seconde soumettait la constitutionnalité du dispositif à cette même information. La CEDH tranche, citant la décision du Conseil constitutionnel, affirmant qu'en l'espèce « *quand bien même cette condition n'aurait pas été remplie à l'égard des fournisseurs, il n'est pas démontré que cela aurait causé un préjudice quelconque dans le chef de la requérante au titre des garanties de l'article 6 § 1 dans la mesure où la requérante était libre d'attirer ses cocontractants à l'instance* ». La solution est très discutable en ce qu'elle contredit la décision du Conseil constitutionnel et ne répond pas véritablement à la question « *était-ce conforme à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ?* ». Elle se contente de souligner qu'il n'y avait aucun préjudice lié à ce défaut d'information.

Enfin, la CEDH estime qu'il n'y a pas d'atteinte aux droits de la défense et à l'égalité des armes car le distributeur ne prouve pas qu'il n'a pas été en mesure de se défendre face au ministre de l'Économie. Il aurait bénéficié des mêmes pièces et aurait été placé dans les mêmes conditions que ce dernier. La Cour ne tient absolument pas compte de la manière dont les preuves ont été obtenues par les services du ministère de l'Économie, pourtant il est certain que le distributeur ne dispose pas des mêmes pouvoirs que le gouvernement. La décision aurait sans doute mérité un raisonnement moins concis sur cet aspect.

Ainsi, cette décision n'apporte pas d'éléments nouveaux et brille même plutôt par son laconisme. De surcroît, ainsi que le souligne le Professeur Béhar-Touchais, « *l'arrêt arrive un*

⁵⁶ Cour européenne des droits de l'homme, « *Galec contre France* », 17 janvier 2012, n° 51255/08.

peu après la bataille »⁵⁷, le Conseil constitutionnel ayant déjà tranché la question de la conformité de l'article L. 442-6, III du Code de commerce.

Section 2 : La menace d'une action en responsabilité

I. Le rééquilibrage du rapport de force

A. Le refus des clauses déséquilibrées au stade de la négociation

L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, en sa rédaction postérieure à la LME, n'exige pas que la partie victime d'un déséquilibre significatif dans ses droits et obligations se situe en position de faiblesse par rapport à son cocontractant. Il importe peu que l'une des parties bénéficie d'une puissance d'achat ou de vente bien supérieure à celle de son cocontractant. Il apparaît pourtant, à la lumière des décisions rendues sur le fondement de cette disposition, que le contentieux met principalement en présence ce type de relation. Si cet élément peut être pris en compte, il demeure un élément parmi d'autres et n'est pas un élément constitutif de l'abus. Ainsi, même deux parties dans une égale position, peuvent mettre en avant le déséquilibre significatif qu'instaure une obligation d'un contrat. Il ne s'agit pas ici uniquement d'un espoir vite déçu après plusieurs années d'application de la LME, la pratique semble démontrer que les relations ont tendance à s'équilibrer⁵⁸. Désormais les parties n'hésitent pas à agiter la notion de déséquilibre significatif au soutien d'une véritable négociation. Les clauses sont ainsi davantage discutées, d'autant que l'importance des sanctions a de quoi faire frémir les cocontractants.

À titre d'illustration mérite d'être cité cet arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris⁵⁹. En l'espèce, dans un contexte de crise économique le distributeur avait informé son fournisseur qu'il allait diminuer progressivement les commandes de produits. Les deux parties s'étaient accordées sur les termes de l'accord, malgré cela un contentieux s'installe. Le fournisseur considère être victime d'une rupture brutale des relations commerciales ainsi que d'un déséquilibre significatif considérant que les « *conditions commerciales ne sont plus en phase avec la situation économique et financière [du fournisseur]* ». Malheureusement pour ce

⁵⁷ Martine BÉHAR-TOUCHAIS, « *Le ministre et le grand distributeur devant la Cour européenne des droits de l'Homme, mais toujours sans les fournisseurs (ou l'action du ministre : acte IV)* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 31, 2012.

⁵⁸ Nicolas MATHEY, « *Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste* », Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 5, Mai 2013.

⁵⁹ Cour d'appel de Paris, « *Green Sofa contre Ikea* », 23 mai 2013, n° 12/01166.

dernier, la Cour d'appel ne fait pas droit à ses demandes. Elle rappelle que le juge n'a pas à s'immiscer démesurément dans le contrat. Les juridictions n'ont pas à « *fixer les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, celles-ci doivent néanmoins, compte tenu des termes de ce texte, 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* ». Les juges rappellent ainsi que les parties doivent, dès le stade de la négociation, proscrire les obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Le fournisseur ne voit pas, en l'espèce, la juridiction reconnaître l'existence d'un déséquilibre significatif. Cette dernière rappelle que les parties se sont accordées librement sur les prix, en conséquence le fournisseur ne pouvait ignorer les conséquences que cela aurait sur sa situation⁶⁰.

Enfin, la Cour d'appel de Versailles⁶¹ a également rendu un arrêt intéressant qui fournit une illustration de l'usage que les parties peuvent faire de la notion de déséquilibre significatif. En l'espèce, le distributeur se plaignait des conditions tarifaires qui lui étaient appliquées après avoir constaté que l'un de ses concurrents bénéficiait de tarifs plus avantageux. Le déséquilibre significatif aurait « *été clairement révélé par la différenciation abusive de tarifs à laquelle elle a procédé entre ses clients* ». À nouveau les juges ne reconnaissent pas l'existence d'un déséquilibre significatif, ils estiment « *qu'en réalité, la réclamation de Dexion à compter de septembre 2008 tendait purement et simplement à se voir consentir les mêmes tarifs que ceux octroyés à [son concurrent]* ». Même si la solution de l'arrêt ne reconnaît pas l'existence d'un déséquilibre significatif, celui-ci demeure intéressant en ce qu'il illustre à quel point cette notion « fourre-tout » peut servir de base à la négociation contractuelle. En l'espèce, le fournisseur semble avoir refusé une négociation de nouveaux tarifs, ce qui a poussé à utiliser l'arme prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

Ainsi que le souligne avec nuance le Professeur Mathey « *sans doute ne faut-il pas s'attendre à ce que tous les rédacteurs de contrats ajustent spontanément leurs stipulations pour les rééquilibrer ! Il faut en revanche s'attendre à ce que certaines conventions soient renégociées plus efficacement* »⁶². Tous les cocontractants n'ont pas admis aisément la notion,

⁶⁰ Lettre de la distribution, « *Cas d'école en matière de rupture progressive de relation commerciale et examen des prix sous l'angle du déséquilibre significatif* », Juillet-Août 2013.

⁶¹ Cour d'appel de Versailles, « *Dexion contre Fujifilm* », 27 octobre 2011, n° 10/05259.

⁶² Nicolas MATHEY, « *Le déséquilibre significatif dans un contrat de distribution* », Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 2, Février 2012.

ce qui a mené à une vive contestation de la part de ceux qui craignaient que leurs contrats tombent les uns après les autres.

B. Le manque de clarté de la notion pointé du doigt

Face à cette nouvelle menace, il n'aura pas fallu longtemps aux entreprises pour chercher à supprimer la notion. Usant de la procédure de QPC fraîchement introduite, un distributeur a contesté devant le tribunal de commerce la constitutionnalité de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce⁶³. Transmise à la Cour de cassation, celle-ci a estimé qu'en effet la règle de droit était susceptible de ne pas être conforme au principe de légalité des délits et des peines⁶⁴. La question présentant un caractère nouveau et sérieux, la voici transmise au Conseil constitutionnel.

Celui-ci apporte deux précisions importantes dans sa décision⁶⁵. D'une part, le ministre est en droit de demander une condamnation au paiement d'une amende civile compte-tenu de la protection de l'ordre public qui est recherchée par l'exercice de son action. Il le peut, mais à la condition de respecter le principe de légalité des délits et des peines qui exige que la disposition en cause soit rédigée en des termes suffisamment clairs et précis. D'autre part, le Conseil fait référence de manière intéressante à la notion de déséquilibre significatif présente dans le Code de la consommation à l'article L. 132-1. Il estime que certes la notion du déséquilibre significatif en droit de la concurrence est une notion nouvelle et non précisée par le législateur, mais que celle existant en droit de la consommation a fait l'objet de précisions par la jurisprudence, ce qui permet « *au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* ». De surcroît, le juge peut saisir pour avis la CEPC, ainsi l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est entouré de suffisamment de précisions et de garde-fou pour que le grief de l'arbitraire soit écarté. Le Conseil constitutionnel clôt sa décision en précisant la raison de l'insertion du déséquilibre significatif dans le Code de commerce en des termes si vagues, « *eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques (...), l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits* ». À la

⁶³ Tribunal de commerce de Bobigny, « *Ministre de l'Économie contre Darty* », 13 juillet 2010, n° 2010F00541.

⁶⁴ Cour de cassation, chambre commerciale, « *Ministre de l'Économie contre Darty* », 15 octobre 2010, n° 10-40.039.

⁶⁵ Conseil constitutionnel, QPC, 13 janvier 2011, n° 2010-85.

lecture de cette affirmation, il semble que les membres du Conseil ont voulu éviter les problèmes du passé : un article L. 442-6 du Code de commerce si précis qu'il ne permettait pas de cerner certaines pratiques. Or ces dernières ne pouvaient pas non plus être appréhendées au titre des pratiques anticoncurrentielles, laissant les entreprises user et abuser de leurs supériorités sur leurs cocontractants.

La décision du Conseil constitutionnel peut surprendre. Non en ce qu'elle déclare l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce constitutionnel, mais plutôt en ce qu'elle effectue un parallèle entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence. Comme il l'a déjà été expliqué, les deux dispositifs non seulement sont distincts par leurs rédactions, mais ont surtout vocation à s'appliquer dans des relations différentes en tous points : « business to consumer » d'une part, « business to business » d'autre part. Ainsi, vis-à-vis du consommateur le caractère abusif de la clause sera examiné, alors que vis-à-vis du professionnel il est nécessaire d'étudier l'économie générale du contrat ou le contexte de la conclusion du contrat⁶⁶. Par conséquent, l'argument surprend en ce qu'il incite à une référence au droit de la consommation. La décision, rendue en janvier 2011, pouvait avoir un fort impact sur les procédures relatives aux « assignments Novelli », pourtant les solutions adoptées par les juridictions ont été surprenantes, elles seront évoquées au fil des développements suivants.

II. Un bilan mitigé

A. Le faible recours à une notion pourtant vaste

Les praticiens semblent avoir eu de bonnes raisons de regarder avec scepticisme l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce en 2008. La CEPC avait indiqué dans un avis du 22 décembre 2008 que « *la notion nouvelle de déséquilibre significatif entre droits et obligations des parties a 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. Elle pourra être appréciée au regard des effets de l'application de la convention sur les parties. La caractérisation de la pratique (...) ne requiert pas d'établir au préalable que son auteur détient une puissance d'achat ou de vente* »⁶⁷. Le champ d'application est large, malgré tout

⁶⁶ Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Constitutionnalité du déséquilibre significatif (C. com., art. L. 442-6, I, 2°)* », *Revue Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, Mars 2011.

⁶⁷ CEPC, Avis, 22 décembre 2008, DGCCRF n° 08112808.

en pratique chacun sait que la disposition est vouée à particulièrement protéger le fournisseur du grand distributeur. À cet effet, les « assignations Novelli » ont certes créés un important contentieux et une médiatisation des pratiques dans ce domaine. Il ne semble pas les parties victimes d'un déséquilibre significatif dans leurs obligations ont largement agi par elles-mêmes.

Sans doute la nouvelle notion a-t-elle entraîné la négociation volontaire de nouveaux contrats, mais il est possible de douter que cela représente une majorité des contrats de distribution. Les parties auraient ainsi opté pour la première des voies qu'envisageait le Professeur Mathey : la non-contestation de l'obligation instaurant manifestement un déséquilibre significatif⁶⁸. Plusieurs raisons peuvent être invoquées. Les esprits chagrins y verront la peur du déréférencement qui impose une « *loi de la jungle (...) [et] du silence* »⁶⁹. D'un point de vue économique la chose est vraisemblable même si la menace n'est véritablement mise à exécution que vis-à-vis du fournisseur sous performant. Toutefois, sans déréférencer son partenaire commercial, le distributeur, parce qu'il contrôle la visibilité du produit, peut tout à fait décider d'un placement dans les linéaires qui aura des conséquences malheureuses pour son fournisseur⁷⁰. Cette pratique incite ceux-ci à aborder la conclusion des contrats avec les grands distributeurs avec un esprit conciliant. Seuls les plus grandes marques peuvent discuter d'égal à égal.

Il peut également être argué, pour expliquer le peu de recours à cette notion, que les distributeurs et fournisseurs, parce qu'ils concluent généralement un nombre de contrats très important, n'ont pas le temps d'entrer dans une véritable négociation. Le contrat est un contrat type, il peut être légèrement modifié par les parties, mais généralement elles ne s'y attardent pas. Négocier point par point avec chacun des partenaires nécessiterait un temps précieux que le milieu des affaires ne peut accorder. Quant aux plus petits fournisseurs, qui se trouvent dans un état de dépendance par rapport aux distributeurs, ceux-là, comme expliqué *supra*, ne peuvent négocier le contrat en raison des conséquences dramatiques que cela pourrait entraîner.

Ainsi c'est un bilan mitigé qui peut être fait en 2013, les décisions sont trop peu nombreuses, hors « assignations Novelli », pour qu'un constat puisse être véritablement

⁶⁸ Nicolas MATHEY, *op. cit.* note 62, page 32.

⁶⁹ Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, « *Christine Lagarde et Luc Chatel installent la brigade de contrôle de la LME* », Communiqué de presse, n° 506, 18 juin 2009.

⁷⁰ Bruno DEFFAINS, *op. cit.* note 12, page 9.

dressé, la notion sans doute nécessite d'entrer dans les mœurs pour bénéficier d'une large application. Toutefois, même si la CEPC a affirmé que le déséquilibre significatif pouvait englober des abus déjà traités dans d'autres alinéas de l'article L. 442-6 du Code de commerce, il semble que la notion pose problème aux professionnels car ceux-ci ignorent quand utilement y recourir.

B. Une notion potentiellement double-emploi

La notion de déséquilibre significatif a explicitement été voulue comme un fourre-tout des pratiques restrictives de concurrence. La CEPC ne s'en était pas cachée dans son Avis de 2008 précité : « *la notion nouvelle de déséquilibre significatif entre droits et obligations des parties a 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* »⁷¹. Quelle était alors la pertinence de créer une notion double-emploi ? Il était nécessaire d'accompagner la libéralisation de la négociation d'une protection de la partie faible, mais cette notion tellement large risquait de créer une certaine confusion parmi les praticiens.

A la lecture de l'article L. 442-6 du Code de commerce, certaines pratiques restrictives de concurrence apparaissent relever de plusieurs alinéas. Ainsi, la différence entre l'avantage sans contrepartie, prohibé à l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, et le déséquilibre significatif, n'est pas flagrante. Il apparaît qu'un avantage sans contrepartie instaure un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ! Un tel constat peut être dressé en lisant les dispositions en cause. Cela est particulièrement vrai par rapport à l'article L. 442-6, I, 4° du Code de commerce. Cette disposition prohibe le fait « *d'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* ». Or, comme il l'a été développé, le déséquilibre significatif avait, officieusement, vocation à lutter contre la pratique de la grande distribution qui consiste en une menace de déréférencement pour obtenir un contrat plus favorable. Or, le 4° paraît justement sanctionner une telle pratique. Le Professeur Béhar-Touchais avance l'argument que « *peut-être le 4° sanctionnerait (...) l'abus clause par clause alors que le 2° sanctionnerait le déséquilibre*

⁷¹ CEPC, *op. cit.* note 67, page 34.

significatif global »⁷². Néanmoins, l'analyse ne convainc pas même l'auteur : « *Mais, dans ce cas, où se situerait le 1° (...) ?* ». Il semble qu'il ne faille pas voir en l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce plus qu'il n'est et n'a été voulu : une notion destinée à recouvrir la totalité des pratiques commerciales dont l'énumération aurait été difficile et fastidieuse tant les montages du secteur sont complexes.

A titre d'illustration, la Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt intéressant récemment⁷³. Dans celui-ci, les juges condamnent le grand distributeur à une amende exemplaire de 2 millions d'euros - le montant maximum prévu par l'article L. 442-6 du Code de commerce – et à rembourser ses fournisseurs à hauteur de 17 millions d'euros. Il était reproché au distributeur d'avoir conclu avec ses fournisseurs des accords relatifs aux « *services distincts* » grâce auxquels il avait perçu des rémunérations. Selon le Ministre de l'Économie, ces dernières étaient « *manifestement disproportionnées eu égard à la valeur des services rendus, voire ne correspondant à aucun véritable service* ». Pour se faire, il s'appuie sur l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce qui sanctionne l'avantage sans contrepartie. Il est vrai que l'instance avait débuté en 2009, de fait la LME venait tout juste de modifier la rédaction de l'article L. 442-6 du Code de commerce, néanmoins l'arrêt est rendu en 2012, alors que les premières décisions relatives aux « *assignments Novelli* » étaient rendues, le parallélisme avec le déséquilibre significatif paraît inévitable. Étant donné les faits, le ministre n'aurait-il pas pu s'appuyer sur le déséquilibre significatif plutôt que sur l'avantage sans contrepartie ? Certainement, bien que la chose n'a pas été tranchée. C'est du moins l'opinion de Maîtres Grall et Tourret⁷⁴. En s'en tenant à l'Avis de la CEPC de 2008, il semble que le déséquilibre significatif aurait tout aussi bien pu être invoqué.

⁷² Martine BÉHAR-TOUCHAIS, *op. cit.* note 29, page 18.

⁷³ Cour d'appel de Paris, « Carrefour contre Ministre de l'Économie », 2 février 2012, n° 09/22350.

⁷⁴ Jean-Christophe GRALL, Peggy TOURRET, « *La disproportion ne paie plus !* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 32, 2012.

Conclusion du Chapitre 2 :

Le déséquilibre significatif, du fait de ses tout juste cinq ans, conserve sa part de mystère que seules les juridictions pourront éclaircir. Toutefois, les « assignations Novelli » ont permis d'éclairer sur l'efficacité de la notion. La menace de l'action du ministre de l'Économie apparaît réelle. Les sanctions réclamées ont, semble-t-il, toujours été de l'ordre de 2 millions et les juridictions ont parfois fait droit à une telle demande du ministre de l'Économie. Ainsi la Société Carrefour est-elle condamnée en 2012 à payer 2 millions d'euros d'amende. La sanction est lourde et devrait vraisemblablement rappeler aux distributeurs qu'ils doivent veiller, plus que les autres professionnels, à rédiger des contrats dont les clauses ne sont pas susceptibles de tomber sous le coup de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Cette sanction n'est pas un cas isolé. Si elle reste pour l'instant la plus lourde prononcée, la Société Auchan a également fait les frais d'une telle sévérité en se voyant imposer en 2011 une amende de 1 million d'euros, tout comme la Société Leclerc la même année. Outre ces sanctions civiles, la demande de remboursement de l'indu requise a de quoi faire trembler les distributeurs. D'autant que, comme il l'a été reproché par certains, le ministre de l'Économie n'hésite pas à user de son action dans un contexte très médiatisé. C'est d'ailleurs ce qui est reproché au gouvernement dans le cadre des « assignations Novelli ». Un distributeur n'hésite pas à affirmer « *que l'action du ministre est par essence politique. Qu'elle a été annoncée dans la presse avant même d'être introduite* »⁷⁵. La grande distribution faisant fréquemment l'objet d'enquête aux résultats peu flatteurs pour ce secteur, le ministre peut user de son pouvoir pour regagner une popularité en berne. Il le peut d'autant plus que le Conseil constitutionnel ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme ont considéré l'action en tout point légale pour peu que les fournisseurs aient été appelés à l'instance s'il est question d'anéantir leurs contrats. Cette confirmation assoit encore davantage la légitimité de l'action du ministre de l'Économie tandis que les professionnels n'ont plus qu'à prendre garde lors de la rédaction des contrats.

Fait en revanche l'objet de résultat plus décevant, la menace d'action en responsabilité émanant de la partie victime. La LME avait laissé espérer un équilibre restauré des rapports de force en instaurant un déséquilibre significatif qui planerait au-dessus des parties lors de la négociation de leurs accords. Il apparaît que l'article n'aura, de ce point de vue là, été qu'un feu de paille. Lorsqu'il est question du secteur de la grande distribution, le fournisseur paraît

⁷⁵ Tribunal de commerce de Meaux, « *Provera contre Ministre de l'Économie* », 6 décembre 2011, n° 2009/02295.

craindre une telle action en raison du déréférencement qui pourrait s'en suivre ou des pressions qui pourraient être exercées. En revanche, l'action regagne toute sa force lorsque les parties se situent dans un égal rapport de force. Or, dans cette situation une nouvelle problématique semble se poser : les parties ne peuvent aisément arguer d'un déséquilibre significatif dans leurs droits et obligations puissent qu'ils ont négociés à forces égales le contenu du contrat. En conséquence, le déséquilibre est le fruit de leur négociation et le juge risque fort de refuser de bouleverser l'équilibre contractuel qu'ils ont voulu.

C'est donc un bilan mitigé qui peut être fait de l'action *ex ante* fondée sur l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Malgré une vivacité de la jurisprudence en raison des « assignations Novelli », les décisions concernent trop rarement une action entamée par une partie victime. D'autant que dans les affaires mettant en présence deux professionnels, il apparaît que le professionnel agissant use avec maladresse de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. La notion voulue large pour couvrir toute pratique commerciale s'avère trop peu détaillée pour être utilement mise en œuvre. Toutefois, de récentes décisions ont apporté des éclairages importants sur la notion. Il semble bien que le déséquilibre significatif requiert encore un temps de maturation avant de devenir véritablement une notion de contrôle *ex ante*. Pour l'instant, force est de constater que son rôle est largement cantonné à une analyse *ex post*.

TITRE 2 : LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF AU SOUTIEN DE LA RENÉGOCIATION COMMERCIALE

Si le déséquilibre significatif peut permettre une négociation antérieurement à tout contentieux, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est particulièrement invoqué au soutien d'une procédure. Les « assignations Novelli » ont particulièrement généré de nombreuses décisions. La sanction devient alors une base de renégociation (*Chapitre 1*). Ces mêmes décisions rendues dans le cadre des « assignations Novelli » ont précisé le contenu de la notion et ont apporté des réponses aux questions soulevées par les praticiens en 2008. Ainsi, désormais les praticiens sont davantage en mesure d'apprécier par eux-mêmes le caractère significativement déséquilibré d'une obligation imposée (*Chapitre 2*).

Chapitre 1 : La sanction comme base de renégociation

La notion de déséquilibre significatif a été prévue en des termes larges afin de sanctionner des pratiques qui ne relèvent du champ d'application d'aucune autre disposition. Il s'agit d'une véritable notion support (*Section 1*). Son efficacité pourrait engendrer un certain scepticisme si elle n'était pas doublée de sanctions pécuniaires importantes (*Section 2*).

Section 1 : Une notion support

I. Le caractère civiliste de la notion

A. Lésion et déséquilibre significatif

La lésion est une notion bien connue en droit civil. Elle désigne : « *le déséquilibre existant entre les prestations réciproques au moment de la formation du contrat* »⁷⁶. Pourtant, si elle est bien connue, elle ne reçoit plus véritablement application à l'exception de la rescision pour lésion dans le cadre d'une vente immobilière prévue à l'article 1674 du Code

⁷⁶ Lamy Droit du Contrat, « Définitions », n° 225-5.

civil. C'est pourquoi l'intégration du déséquilibre significatif dans le Code de commerce présente un intérêt. Si le juge se refuse désormais à contrôler la lésion dans un contrat relevant du droit civil, en droit commercial il est possible d'invoquer un tel déséquilibre⁷⁷. La chose n'est pas dénuée d'intérêt dans la mesure où un contrat entre professionnels n'est rien de plus qu'un contrat relevant du droit civil. Ceux-ci sont, dès lors, mieux traités que le simple particulier qui lui ne peut bénéficier de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

Cela pousse certains auteurs à suggérer que si la grande réforme du droit des obligations devait avoir lieu un jour, la notion serait probablement transposée à la matière civile⁷⁸. Ainsi l'avant-projet Catala propose-t-il l'ajout de la disposition suivante : « *la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée* »⁷⁹. Certes, l'article ainsi rédigé vise le consommateur, mais également la clause qui n'aurait pas été négociée. L'idée est d'ailleurs reprise dans le projet de la Chancellerie : « *une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* »⁸⁰. Il est donc question d'insérer un mécanisme similaire à celui présent en droit de la consommation qui s'appliquerait à tous pour peu que la clause en question n'ait pas fait l'objet d'une négociation. Cela aurait le mérite d'inclure *de facto* le consommateur qui ne fait qu'adhérer au contrat sans pouvoir émettre des réserves, et d'étendre le régime à d'autres parties à l'heure actuelle non protégées par de telles dispositions.

Néanmoins une telle disposition présenterait un risque important pour les grandes entreprises. Ces dernières ne peuvent, matériellement, négocier un à un leurs contrats. De fait, un modèle type est généralement envoyé au partenaire commercial, éventuellement modifié selon le bon vouloir de la partie en position de force, mais il n'est pas possible d'affirmer que tous les contrats font l'objet d'une négociation en bonne et due forme. Le risque pour eux

⁷⁷ Frédéric BUY, « *Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce* », Petites affiches, n° 252, 17 décembre 2008.

⁷⁸ Nicolas MATHEY, « *Du déséquilibre significatif...* », Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 11, Novembre 2011.

⁷⁹ Avant-projet de réforme du droit des obligations, « *Avant-projet Catala* », article 1122-2, 2005.

⁸⁰ Projet de réforme du droit des contrats, « *Projet de la Chancellerie* », article 79, 2009.

serait alors d'assister à l'immixtion du juge dans le contrat, lequel en supprimant des clauses modifierait l'équilibre du contrat. Pourtant il ne saurait, dans ces conditions, être reproché un comportement abusif à l'entreprise qui ne peut procéder à une négociation de chaque contrat à peine d'y perdre un temps précieux. Il y aurait donc une brèche dans laquelle des partenaires commerciaux seraient susceptibles de s'engouffrer afin d'obtenir un contrat en leur faveur. Il apparaît donc que l'adoption en l'état de telles dispositions aurait l'effet pervers d'adapter une situation consumériste à une situation qui nécessite la prise en compte de l'économie voulue par les parties. De surcroît, on ne peut qu'insister sur la force obligatoire d'un contrat qui serait mise à mal par une telle intrusion du juge.

B. Force obligatoire du contrat et déséquilibre significatif

Si la notion de déséquilibre significatif devait être développée plus avant, la force obligatoire du contrat en serait grandement atteinte. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce souffre déjà de cette critique alors que les praticiens estiment que l'appréciation du déséquilibre significatif doit porter sur l'économie globale du contrat. Que dire alors si cette analyse devait désormais porter, comme en matière consumériste, sur une clause abstraction faite de toutes les autres clauses du contrat. Cela est d'autant plus dangereux que l'immixtion du juge dans le contrat ne cesse d'augmenter. Le projet de loi relatif à la consommation prévoit déjà l'introduction forcée d'une clause de renégociation dans le contrat entre professionnels⁸¹. Il s'agirait d'une sorte de clause de révision pour imprévision bien que le terme ne soit pas tout à fait approprié estime le Professeur Béhar-Touchais⁸². Même si le déséquilibre significatif est susceptible d'exister dès la négociation du contrat et sa conclusion, la notion n'est pas sans lien avec une telle renégociation impérative. Si la disposition devait être intégrée dans le Code de commerce, une partie du contentieux potentiel serait tué dans l'œuf. Ainsi, dans l'arrêt précédemment cité de la Cour d'appel de Paris⁸³ le fournisseur prétendait que son distributeur, en lui imposant des conditions tarifaires qui n'étaient plus en phase avec le contexte de crise économique, avait créé un déséquilibre significatif dans ses obligations. Si certes le projet relatif à la consommation ne vise, par

⁸¹ Projet de loi relatif à la consommation, article 62, 3 juillet 2013.

⁸² Martine BÉHAR-TOUCHAIS, « *La théorie de l'imprévision, revue et corrigée par le droit commercial : quand la clause de hardship est imposée sous peine d'amende administrative* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 36, 2013.

⁸³ Cour d'appel de Paris, *op. cit.* note 59, page 31.

l'insertion d'une telle disposition, que les denrées agricoles et alimentaires et non, comme en l'espèce, le secteur de l'ameublement, un certain contentieux pourrait échapper aux juridictions, ce qui n'a rien de négatif dans la mesure où le déséquilibre significatif créé par une augmentation du coût des matières premières semble délicat à examiner et relève plutôt de la notion d'imprévision.

Le régime actuel du déséquilibre significatif porte fortement atteinte à la force obligatoire du contrat en ce qu'il permet, ainsi que développé *supra*, au juge d'examiner le caractère lésionnaire d'une clause. À la lecture de l'article L. 442-6 du Code de commerce il apparaît que celui-ci est divisé en plusieurs parties. Les pratiques visées sous l'article L. 442-6, I permettent d'engager la responsabilité du professionnel tandis que celles sous l'article L. 442-6, II sont frappées de nullité. Pourtant, force est de constater que dans l'exercice de son action, le ministre de l'Économie a fréquemment demandé la nullité des clauses. La distinction entre la nullité et la responsabilité prévue à l'article L. 442-6 soulève des interrogations⁸⁴ : soit le texte a été fort mal rédigé et la distinction n'est pas voulue, soit la distinction s'impose. Or, comment admettre que le juge saisi d'un litige relatif à une obligation entraînant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties octroie des dommages et intérêts sans prononcer la nullité de la clause considérée ? Le bon sens pousse à considérer que non seulement le partenaire commercial se verra contraint d'indemniser l'autre partie, mais il subira en plus l'annulation de la clause. Fort heureusement l'adage « pas de nullité sans texte », fidèle à la matière commerciale, ne paraît pas trouver application en droit de la concurrence ainsi que le souligne le Professeur Chagny⁸⁵. Il apparaît nécessaire que la Cour de cassation intervienne afin de ne pas laisser une entière liberté aux juridictions inférieures au risque sinon que celles-ci ne s'immiscent à outrance dans le contrat.

En permettant au juge d'octroyer des dommages et intérêts et, potentiellement, d'annuler l'obligation créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, un coup brutal est porté à la force obligatoire du contrat. Maître Fourgoux le souligne en estimant que l'insertion de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce « *porte en germe une révolution, la mort de l'effet obligatoire des contrats entre professionnels* »⁸⁶. Cette affirmation n'a rien d'exagéré car il apparaît bien à la lecture des décisions rendues sur le

⁸⁴ Marc PICHON DE BURY, Chloé MINET, « *Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME* », *Revue Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, Décembre 2008.

⁸⁵ Muriel CHAGNY, *op. cit.* note 24, page 15.

⁸⁶ Jean-Louis FOURGOUX, *op. cit.* note 30, page 18.

fondement de cette disposition que le juge vient bouleverser l'économie du contrat et cela sans que la demande n'émane de l'une des parties au contrat. Pourtant, s'il est aisé de critiquer la notion, celle-ci est un remède louable aux faiblesses remarquées du droit de la concurrence.

II. Un remède aux failles des pratiques anticoncurrentielles

A. Abus de position dominante et de dépendance économique et déséquilibre significatif

Le Professeur Riém souligne que « *le droit des pratiques anticoncurrentielles est incapable d'appréhender des pratiques qui portent atteinte à la concurrence et probablement au marché lui-même, sans pour autant entrer dans les canons du « grand » droit de la concurrence* »⁸⁷. En effet, l'article L. 420-2 du Code de commerce prohibe : « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci [et] (...) l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur* ». Cette disposition vise donc l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique. Le dispositif peut sembler efficace mais il est apparu que les sociétés distributrices ne franchissaient pas les seuils pour être considérées en position dominante. L'abus de dépendance économique est tout aussi impuissant car la notion est interprétée avec rigueur par l'Autorité de la concurrence.

À titre d'illustration, peut être cité un arrêt de la Cour de cassation⁸⁸ qui indique que : « *l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'en déduit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique* ». Cette décision fournit une précision intéressante qui, s'il avait alors existé, aurait pu être sanctionné sous l'angle du déséquilibre significatif : « *les conditions d'obtention des remises et ristournes prévues par les barèmes critiqués ont*

⁸⁷ Fabrice RIEM, *op. cit.* note 13, page 9.

⁸⁸ Cour de cassation, chambre commerciale, « *Concurrence contre Sony* », 3 mars 2004, n° 02-14.529.

vocation à s'appliquer à tous les distributeurs prêts à fournir les services demandés par le producteur, qu'elles sont définies de manière objective, sans qu'il soit démontré qu'elles ont pour but ou pour résultat de supprimer ou de limiter la politique de prix pratiquée par les distributeurs et de les contraindre à relever leurs tarifs ». Une telle pratique aurait pu être sanctionnée par les juges sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, quand bien même les fameux barèmes avaient vocation à s'appliquer à tous les distributeurs. C'est pour sanctionner ce type de pratique que la LME a prévu l'insertion de la notion de déséquilibre significatif.

Le recours à la notion de déséquilibre significatif permet ainsi de sanctionner l'abus de l'entreprise qui ne remplit pas les conditions pour se voir appliquer l'article L. 420-2 du Code de commerce. Il semble que de ce point de vue là, la notion remplit parfaitement la mission qui lui a été confiée. Les « assignations Novelli » ont ainsi sanctionné des opérateurs détenant une puissance d'achat très importante et un ascendant certain sur leurs fournisseurs, qui imposaient des pratiques abusives en toute impunité auparavant. Comme développé *supra*, antérieurement à la LME peu de clauses aujourd'hui considérées comme abusives étaient sanctionnées. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, si la critique est aisée lorsque l'action émane du ministre de l'Économie - et tel est généralement le cas -, n'en demeure pas moins un formidable outil pour rééquilibrer le rapport de force. En guise d'illustration, la Cour d'appel de Versailles a rendu un arrêt intéressant sur la notion de déséquilibre significatif et ses liens avec les pratiques anticoncurrentielles⁸⁹. En l'espèce, une partie se trouvait en difficultés financières vis-à-vis de son fournisseur. La Cour examine conjointement deux griefs, le premier ayant trait à l'abus de dépendance économique, le second relatif au déséquilibre significatif. Les prétentions de la demanderesse sont rejetées car le juge estime que sa situation financière défavorable résulte de son seul fait, et non d'un abus de son partenaire commercial. Malgré tout, l'arrêt présente un intérêt en ce qu'il permet de constater que les deux fondements peuvent être examinés conjointement, permettant ainsi d'obtenir éventuellement gain de cause sur l'une de ces bases juridiques à défaut de pouvoir démontrer l'existence de ces deux pratiques.

Si l'on peut critiquer la légitimité de l'immixtion d'un tiers dans le rapport contractuel, au moins faut-il admettre que grâce à cette notion voilà les distributeurs avertis des risques qu'ils encourent à abuser de leur puissance d'achat et de vente. D'autant que l'application de

⁸⁹ Cour d'appel de Versailles, 4 juin 2013, n° 12/01171.

l'article L. 442-6 du Code de commerce est confiée à une liste de juridictions pour assurer une mise en œuvre rapide et uniforme.

B. Une compétence spéciale des juridictions

L'article L. 442-6 du Code de commerce prévoit que « *les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret* ». Par conséquent, le contentieux échappe à l'Autorité de la concurrence, celle-ci ne peut se prononcer au sujet des pratiques restrictives de concurrence. Le décret évoqué dans l'article précédemment cité est intervenu en 2009⁹⁰. Il donne compétence à huit tribunaux de commerce et huit tribunaux de grande instance. Comme il l'a été longuement développé *supra*, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce présente des difficultés d'application dues à sa rédaction en des termes très généraux. Par conséquent, la compétence octroyée à des juridictions désignées a le mérite de créer une jurisprudence uniforme par rapport à une notion qui était susceptible de recevoir de multiples interprétations. Néanmoins, ainsi qu'il peut l'être constaté en pratique, les juridictions de premières instances n'ont pas manqué d'interpréter de manières divergentes l'article L. 442-6 du Code de commerce, créant ainsi une certaine confusion comme cela sera développé *infra*.

La désignation de ces huit juridictions présente également l'avantage de former des magistrats à l'analyse de contrats de distribution contenant parfois des pratiques complexes pour un non initié. La spécialisation a toutefois été mal perçue par les juges consulaires qui sont rompus à ce type de contrat. Le Professeur Chagny argue également que l'élargissement de la liste des juridictions compétentes aurait permis de propager « *la culture de concurrence* »⁹¹ qui peine parfois à être comprise. Si l'on examine les juridictions spécialisées mentionnées par le Décret il s'agit, sans grande surprise, des tribunaux situés dans des villes d'une certaine importance, pourtant il aurait été intéressant de répartir géographiquement les compétences afin de couvrir le territoire d'une manière plus équilibrée. D'autant que l'appel est logé auprès de la Cour d'appel de Paris et ceci que la première instance se doit déroulée devant un tribunal de grande instance ou un tribunal de commerce. La chose est cohérente, il

⁹⁰ Décret relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestations de nationalité et de pratiques restrictives de concurrence, 11 novembre 2009, n° 2009-1384.

⁹¹ Muriel CHAGNY, « *Quel droit français et européen de la distribution ? Approche prospective* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

ne s'agirait pas que chaque Cour d'appel y mette son grain de sel et dévoie un alinéa qui se veut un remède à l'inefficacité des précédentes pratiques restrictives de concurrence listées et des articles relatifs aux pratiques anticoncurrentielles. Mais la chose risque de faire les frais de l'encombrement des juridictions. Ainsi, le premier arrêt d'appel faisant suite aux assignations « Novelli » de 2009 a-t-il seulement été rendu au mois de juillet 2013.

Par conséquent, si l'effort est intéressant car la lecture des décisions permet de constater la complexité du contentieux, ce qui nécessite des moyens importants, peut-être aurait-il été intéressant d'étendre la liste prévue par Décret afin d'y inclure davantage de juridictions. Cela aurait certes éparpillé le contentieux, mais le droit de la concurrence est une matière qui peine parfois à être comprise et appliquée correctement. Désigner des juridictions supplémentaires aurait eu un aspect didactique pertinent.

Section 2 : La menace pécuniaire

I. La crainte de l'amende civile

A. Le dispositif instauré

Ainsi qu'il l'a été exposé précédemment, l'article L. 442-6 du Code de commerce prévoit que le ministre peut saisir une juridiction afin de faire sanctionner une pratique restrictive de concurrence. Il peut à ce titre demander l'imposition d'une amende civile d'un montant maximal de 2 millions d'euros ou du triple du montant des sommes indûment versées. Dans le cadre des « assignations Novelli », le ministre de l'Économie a systématiquement réclamé une sanction exemplaire atteignant le plafond légal. Ce montant n'a pas toujours été accordé par le juge mais les amendes ont malgré tout pu être d'un montant assez élevé. Peuvent ainsi être citées l'amende de 1 million d'euros infligée à la Société Eurauchan en 2011⁹², ou encore l'amende de 250 000 euros infligée à la Société Provera la même année⁹³. Il s'agit de montants extrêmement sévères pour ces entreprises qui n'avaient auparavant été que peu inquiétées par le droit de la concurrence.

C'est justement cette sévérité qui a également été reprochée par la Société à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité à la Constitution de

⁹² Tribunal de commerce de Lille, « *Eurauchan contre Ministre de l'Économie* », 7 septembre 2011, n° 2009/05105.

⁹³ Tribunal de commerce de Meaux, *op. cit.* note 75, page 38.

l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce⁹⁴. L'entreprise a allégué que la disposition porte atteinte à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose que « *la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». L'argument est intéressant en ce que le Conseil constitutionnel l'accueille et ne l'écarte pas comme inapplicable à l'article du Code de commerce. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette décision. D'une part, l'article 8 peut s'appliquer même si la sanction se situe hors de la sphère du pénal. D'autre part, cela signifie donc que l'amende civile qui peut être prononcée en cas d'introduction d'une obligation entraînant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties présente le caractère d'une « peine » assimilable à celles infligées en droit pénal. Cela n'a rien de choquant car l'action du ministre de l'Économie en défense de l'ordre public économique est assimilable à celle du ministère public en défense de l'ordre public. Cette amende civile présente un caractère répressif certain. C'est justement pour transmettre un message fort au secteur de la grande distribution que le ministre a lancé ses fameuses « assignations Novelli » en réclamant devant chacune des juridictions l'imposition d'une amende du montant maximal de deux millions d'euros.

Par sa décision le Conseil constitutionnel a considéré que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce était conforme au principe de légalité des délits et des peines. Si d'un point de vue objectif la décision n'est pas réellement choquante car certes le ministre de l'Économie assigne une partie devant un tribunal, mais se faisant il agit comme un simple particulier et doit établir les faits sans bénéficier d'un pouvoir exorbitant, d'un point de vue subjectif la décision est critiquable.

B. Une action sujette à critique

Il semble malgré tout que le montant des amendes que peut réclamer le ministre de l'économie au juge pose un certain nombre de difficultés. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel a rapproché l'amende civile d'une peine en matière pénale. Or, si l'ampleur des sommes à verser justifie une telle décision, il faut souligner les différences que présentent une instance pénale et une instance en matière civile et commerciale. Devant une juridiction

⁹⁴ Conseil constitutionnel, *op. cit.* note 65, page 33.

du droit pénal, le magistrat est un professionnel formé comme tel. Or, devant les tribunaux de commerce, le juge est un commerçant élu par ses pairs. Il n'est pas ici question de critiquer la compétence des juges consulaires, mais de souligner la différence de formation entre les premiers et les seconds. Ainsi, l'article L. 442-6 permet à ces derniers d'infliger des sanctions quasi-pénales sans pour autant que la partie défenderesse ne bénéficie des mêmes garanties que celles accordées dans le cadre d'un procès pénal.

La deuxième difficulté à soulever tient au parallélisme qui peut être effectué entre la procédure devant l'Autorité de la concurrence dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles, et la procédure devant les juridictions civiles et commerciales dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence. Par un arrêt d'Assemblée plénière, la Cour de cassation a affirmé que la procédure devant l'Autorité de la concurrence n'était pas une instance pénale, de fait il ne pouvait être admis que les règles de la procédure pénale s'appliquent⁹⁵. La Cour avait alors cassé l'arrêt d'appel qui avait admis que soient produits des enregistrements téléphoniques réalisés à l'insu de l'une des parties. Pourtant, en l'espèce le Conseil constitutionnel admet que l'amende civile est fortement teintée de droit pénal. Il y a donc deux appréciations divergentes du droit de la concurrence qui forment un tout quelque peu confus⁹⁶. Il est vrai que s'agissant de l'action du ministre la problématique est différente de celle rencontrée lorsque la procédure se déroule devant l'Autorité de la concurrence. Dans le cadre de cette dernière, l'Autorité de la concurrence n'agit pas en tant que partie mais en tant qu'autorité administrative indépendante chargée de la protection de la concurrence en France. Dans le contentieux des pratiques restrictives de concurrence, le ministre de l'Économie agit en tant que simple partie, pourtant, ainsi qu'il l'a déjà été développé *supra*, celui-ci dispose de moyens extrêmement importants pour récolter des preuves et décider de l'opportunité d'engager une action. Ce dispositif hybride paraît peu propice à protéger efficacement les droits de la défense.

C'est justement en réaction à cela que le Tribunal de commerce de Créteil a réagi dans deux jugements rendus en 2011⁹⁷. Ces deux décisions ont, à contre-courant des autres décisions rendues au sujet des « assignations Novelli »⁹⁸, rejeté l'action du ministre. La

⁹⁵ Cour de cassation, assemblée plénière, « *Philips contre Autorité de la concurrence* », 7 janvier 2011, n° 09-14.316.

⁹⁶ Arnaud LECOURT, « *Le déséquilibre significatif au crible du Conseil constitutionnel* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 58, 2011.

⁹⁷ Tribunal de commerce de Créteil, 13 décembre 2011, n° 2009F01018 et n° 2009F01017.

⁹⁸ Lettre de la distribution, « *Déséquilibre significatif dans les relations fournisseurs/distributeurs : changement de cap* », Janvier 2012.

gravité de la sanction combinée au manque de précisions des pratiques visées par le ministre de l'Économie ont conduit le juge à se prononcer de la sorte. Le tribunal estime qu'il « *ne peut pas se prononcer sans se référer à des faits précis* », le ministre ne lui fournissant que 124 contrats concernant 58 fournisseurs et lui indiquant qu'environ 2 750 fournisseurs pourraient être concernés. C'est donc, en d'autres termes, une affirmation du juge que la sanction, pour être infligée, nécessite des faits précis et non une démonstration générale et fort peu précise. Selon le Professeur Béhar-Touchait : « *le juge de Créteil a été bien sage de ne pas se laisser entraîner sans texte dans cette voie impraticable* »⁹⁹. Rappelons, s'il l'est nécessaire, que le ministre de l'Économie n'agit pas pour le compte de l'une des parties victimes, celles-ci demeurent libres d'agir en responsabilité afin d'obtenir le versement de dommages et intérêts.

II. L'action en responsabilité

A. L'indemnisation de la victime

L'action du ministre de l'Économie fait tant de bruit qu'on en oublierait presque que l'article L. 442-6 du Code de commerce dispose « *[qu'] engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé [par] le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou « personne immatriculée au répertoire des métiers » de...* ». Ainsi, l'article au sein duquel figure la notion de déséquilibre significatif vise avant tout à permettre à la partie victime de recevoir des dommages et intérêts de la part de son partenaire commercial. La rédaction de cet article n'est pas sans rappeler l'article 1382 du Code civil qui dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Les termes sont très proches, ainsi dans ces deux dispositions sont évoqués un « fait » et une obligation de réparer le préjudice ainsi causé. À noter sur ce point le premier article vise un « préjudice » tandis que le second vise un « dommage ». Néanmoins les deux termes se recoupent. Le dommage ne serait qu'une question de fait, tandis que le préjudice en serait sa traduction juridique¹⁰⁰. Dans le contexte de ces deux articles, il n'y a pas lieu d'y voir une subtilité du législateur qui aurait voulu, par l'emploi de deux termes différents, induire une distinction. Quant au fait à l'origine de la

⁹⁹ Martine BÉHAR-TOUCHAIS, « *Toujours plus : les pouvoirs exorbitants de l'article L. 442-6-III ne seraient-ils pas suffisants ?* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 31, 2012.

¹⁰⁰ Lamy droit de la responsabilité, « *Distinction entre le dommage et le préjudice* », n° 214-5, 2013.

réparation, en droit commun de la responsabilité il s'agit de tout fait pourvu qu'il ait causé un dommage à une partie. En droit de la concurrence, une série de pratiques est visée comme permettant d'engager une action en indemnisation. Dans le cas présent, seule la notion de déséquilibre significatif nous intéresse, prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

Tout comme en application de l'article 1382 du Code civil, la partie victime d'un déséquilibre significatif dans ses droits et obligations doit démontrer l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. S'agissant des pratiques anticoncurrentielles, le juge exige, malgré la décision de l'Autorité de la concurrence, la démonstration de ces éléments. La seule sanction d'une entente sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce ne permet donc pas à la partie victime d'obtenir réparation. Celle-ci devra démontrer la faute de la partie défenderesse. Les pratiques restrictives de concurrence n'obéissent pas au même régime. Lorsque la partie démontre l'existence d'une pratique prohibée, s'appuyant par exemple sur une clause créant un déséquilibre significatif, la simple existence de l'obligation abusive suffit à démontrer la faute. Le préjudice sera tout aussi simple à démontrer dans la mesure où le préjudice financier peut être argué. Partant de là, le lien de causalité reste à démontrer. À nouveau, l'élément n'est pas difficile à établir.

Cette facilité en matière de déséquilibre significatif mérite d'être saluée. Néanmoins, Madame Luc, prenant l'exemple de la rupture brutale des relations commerciales établies, également prévue à l'article L. 442-6 du Code de commerce, estime que cela fait supporter à la partie responsable un poids financier excessif¹⁰¹. La partie doit indemniser son cocontractant en fonction de la marge brute qui aurait été perçue si le préavis avait été respecté. En matière de déséquilibre significatif il est difficile de savoir quelle réparation sera octroyée dans la mesure où la jurisprudence est encore trop pauvre. Néanmoins les décisions condamnant à une répétition de l'indu laissent présager des dommages et intérêts d'un montant important.

¹⁰¹ Irène LUC, « *Droit de la concurrence et distribution : quel(s) rôle(s) pour le juge de droit commun ?* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

B. La répétition de l'indu

L'article L. 442-6 du Code de commerce permet au partenaire commercial victime d'un déséquilibre significatif dans ses droits et obligations d'engager la responsabilité de son cocontractant. Le paragraphe III, relatif à l'action du ministre, permet quant à lui de demander la nullité de la clause ou du contrat en cause et demander la répétition de l'indu. Il est curieux de constater que cette demande n'est pas accordée explicitement au partenaire commercial. Il percevra, grâce à l'octroi de dommages et intérêts une certaine somme destinée à réparer son préjudice, mais cette somme ne saurait couvrir l'intégralité des sommes perdues du fait de la pratique restrictive de concurrence.

La répétition de l'indu peut avoir des conséquences très importantes pour la partie sanctionnée. Pour prendre un exemple parlant fondé sur l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, le ministre a ainsi obtenu d'un distributeur qu'il rembourse à ses fournisseurs 17 millions d'euros qu'il aurait induit perçu¹⁰². La somme est extrêmement importante et elle s'ajoute à l'éventuelle amende civile prononcée par le juge. En l'espèce, le distributeur s'est vu infliger une amende du montant maximal de 2 millions d'euros, soit un total de 19 millions d'euros. De lourdes conséquences financières pèsent donc sur le partenaire commercial poursuivi par le ministre, éventuellement accompagné de l'un de ses fournisseurs. Si dans le domaine du droit de la concurrence les amendes sont généralement extrêmement sévères, il ne faudrait pas oublier que ces amendes visent à protéger le marché, or la répétition de l'indu tend plutôt à effacer le préjudice subi par les partenaires commerciaux. De surcroît, l'Autorité de la concurrence est chargée d'instruire les affaires relatives au droit de la concurrence, tandis que les tribunaux de grande instance ou les tribunaux de commerce jugent de tous litiges commerciaux. En conséquence, cette double peine n'a rien de commun avec les amendes qui peuvent être prononcées par l'Autorité de la concurrence. Cette sévérité est justifiée en ce que le cocontractant n'aurait pas dû percevoir ces sommes, néanmoins une certaine réserve peut être apportée.

Si l'on cumule les différentes condamnations qui peuvent être prononcées par le juge, le cocontractant peut se voir sanctionner au titre d'une amende civile de 2 millions d'euros, puis la répétition de l'indu peut être demandée – la chose va généralement de paire avec l'amende civile si l'on en croit la jurisprudence – et le partenaire commercial peut également demander le versement de dommages et intérêts. Si le cumul de ces trois éléments n'a pas

¹⁰² Cour d'appel de Paris, *op. cit.* note 73, page 36.

encore été constaté, l'hypothèse n'a rien de fantaisiste et la décision du tribunal fait peser un lourd poids financier sur les épaules du cocontractant sanctionné.

Dans l'arrêt précité, l'intervention du Trésor public est intéressante. En effet, les fournisseurs lésés par la pratique restrictive de concurrence ne s'étaient pas joints à l'audience. De fait, les sommes obtenues par le ministre de l'Économie ne pouvaient être aisément attribuées. C'est pourquoi le juge décide d'ordonner « *la restitution des sommes indues aux fournisseurs par l'intermédiaire du Trésor public (...) seul à même de garantir l'exécution de la décision judiciaire* ». L'opportunité de recourir au Trésor public est discutable. Selon le Conseil constitutionnel, depuis 2001, vingt-deux cas ont ordonné la restitution de l'indu et dans vingt-un cas la restitution a effectivement eu lieu, soit directement auprès des fournisseurs, soit par l'intermédiaire du Trésor Public¹⁰³. Il apparaît donc que la restitution directe est possible. L'intervention de l'administration peut sans doute s'expliquer par le fait que loin de craindre l'exercice d'une action contre le distributeur, les fournisseurs y sont parfois opposés ! D'ailleurs, dans une autre affaire, les fournisseurs du distributeur condamné lui avaient même annoncé qu'ils renonçaient à réclamer au Trésor public ces sommes mises de côté¹⁰⁴.

Ainsi, si certes l'intervention de l'administration dans le versement des sommes restituées se comprend d'un point de vue pratique, elle s'ajoute aux pouvoirs exorbitants du ministre et à l'immixtion des tiers dans le contrat. Il serait préférable, pour garantir une plus grande étanchéité de ce contentieux commercial que mène le ministre de l'Économie, de ne pas rajouter une nouvelle intervention de l'administration.

¹⁰³ Conseil constitutionnel, *commentaire de la décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011*.

¹⁰⁴ Cour de cassation, *op. cit.* note 40, page 24.

Conclusion du Chapitre 1 :

La notion de déséquilibre significatif est pertinente lorsqu'elle met en présence un consommateur et un professionnel, ou des personnes physiques ou morales contractant hors du domaine commercial. La notion insérée dans le Code de commerce n'est pas nouvelle puisqu'elle emprunte au droit de la consommation, mais elle est surtout teintée de civilisme. Pourtant, l'introduction de cette nouvelle pratique en droit commercial laisse sceptique. Elle semble inadaptée à une matière qui a besoin de rapidité. Or, cette nouvelle disposition contraint les plus grandes entreprises de procéder à une véritable négociation qui nécessite la mise en place de moyens conséquents. Les entreprises qui feront l'économie de cette organisation interne pourront se voir sans cesse sanctionnées au titre du déséquilibre significatif ce qui semble contraire à la volonté de libéralisation de la négociation contractuelle pourtant opérée par la LME de 2008. La transposition en droit des pratiques restrictives de concurrence de la lésion n'est sans doute pas extrêmement pertinente car elle ne prend pas en compte les spécificités du secteur commercial.

De surcroît, le contentieux risque de ne cesser d'augmenter lorsque des partenaires commerciaux indécents s'apercevront que, par ce biais, une sortie ou une révision du contrat est possible. Ainsi, une entreprise a-t-elle réclamée devant les juges une révision du contrat sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce¹⁰⁵. Certes les juges n'ont pas fait droit à la demande car aucun déséquilibre significatif ne transparaissait en l'espèce, mais il y a fort à parier que le déséquilibre significatif va effectivement devenir la « *bonne à tout faire* », selon les termes du Professeur Béhar-Touchais, des pratiques restrictives de concurrence. Faute pour le cocontractant de déterminer le fondement pertinent de son action, le déséquilibre significatif est en passe de devenir l'épouvantail du droit commercial et on ne peut que déplorer le rabaissement du contrat par ce biais. Il n'est pas contestable qu'un dispositif était nécessaire, trop de professionnels pouvaient profiter des faiblesses du dispositif légal pour se soustraire à leurs obligations. L'abus de dépendance économique et l'abus de position dominante ne remédiaient en rien aux abus de la grande distribution, les centrales d'achat se situant en-dessous des seuils et donc hors d'atteinte des pratiques anticoncurrentielles.

Le dispositif est complet et permet utilement une renégociation du contrat puisqu'il permet à l'opérateur de demander réparation de son préjudice. Néanmoins, la multiplicité des

¹⁰⁵ Cour d'appel de Versailles, *op. cit.* note 61, page 32.

recours contre le partenaire commercial entraîne une certaine confusion. D'un côté, le partenaire victime peut demander le versement de dommages et intérêts. De l'autre, le ministre peut demander la restitution de l'indu et la nullité de l'obligation litigieuse. Pourquoi ne pas avoir prévu la nullité également au paragraphe I, de l'article L. 442-6 ? Si l'adage « pas de nullité sans texte » n'apparaît pas devoir s'appliquer à la disposition, cette omission apparaît néanmoins gênante en ce que le ministre de l'Économie, tiers au contrat, paraît à certains égards mieux traité que le cocontractant lésé. Certes, le ministre peut demander la répétition de l'indu, et donc agir en protection du partenaire commercial, mais est-ce vraiment là son rôle. Il n'appartient pas à l'administration de s'immiscer dans le rapport contractuel qui s'est noué entre les parties, même si elle le fait avec les meilleures intentions. Le dispositif permet donc la critique et tant que la jurisprudence ne démontrera pas qu'il se montre efficace hors de toute intervention du ministre, les praticiens continueront de le considérer avec méfiance.

Chapitre 2 : L'appréciation du déséquilibre significatif dans le contrat de distribution

L'opposition des praticiens s'est cristallisée autour de la transposition d'une notion issue du droit de la consommation qui serait, de fait, inadaptée à la vie des affaires. Afin de prendre en compte cette spécificité, ils ont suggéré que l'approche que doivent retenir les juges devra nécessairement relever d'une analyse de l'économie générale du contrat et non d'un raisonnement clause par clause (*Section 1*). Si la jurisprudence a été mouvementée d'un bord à l'autre, il semble que désormais la solution retenue soit bien ancrée (*Section 2*).

Section 1 : Entre économie générale du contrat et raisonnement clause par clause

I. Les errements jurisprudentiels

A. Des solutions tiraillées entre faveur envers une analyse de l'économie générale du contrat ou une analyse clause par clause

Les praticiens avaient souligné, dès l'introduction de la notion de déséquilibre significatif dans le Code de commerce, qu'il serait nécessaire d'effectuer une rupture avec le droit de la consommation¹⁰⁶. Selon ceux-ci, « *le déséquilibre ne devrait pas s'examiner « ligne à ligne », clause par clause mais au contraire globalement* »¹⁰⁷. En droit de la consommation, c'est la clause qui est abusive, alors qu'en droit de la concurrence c'est l'obligation. Selon les auteurs, il conviendrait donc, compte-tenu de la spécificité de la matière commerciale qui laisse place à une négociation, du moins théoriquement, de ne pas sanctionner le déséquilibre de la clause si celle-ci est contrebalancée par une autre clause. En d'autres termes, la disposition peut bien être déséquilibrée pourvu que le contrat dans son ensemble ne le soit pas. Et c'est là l'essence de la négociation commerciale, qui permet des compromis entre les partenaires afin d'obtenir un tout cohérent. Cette position doctrinale avait été bien intégrée par les professionnels qui affirmaient, dans le cadre des « assignations Novelli », « *que (...) le déséquilibre doit ressortir de l'ensemble contractuel et non de droits*

¹⁰⁶ Éric CHEVRIER, « *Déséquilibre significatif : QPC sur l'article L. 442-6-1* », Recueil Dalloz, p. 2508, 2010.

¹⁰⁷ Robert SAINT-ESTEBEN, « *L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation* », Revue des contrats, n°3, 1^{er} juillet 2009.

et d'obligations pris séparément. (...) Qu'il convient d'en faire une appréciation « in concreto » au regard de la personne du cocontractant et des circonstances de leur mise en œuvre »¹⁰⁸. Pourtant, il apparaît que cette analyse, pourtant unanime chez les auteurs et les professionnels, n'a été que peu suivie par les juges.

La Cour d'appel de Nancy a rendu un arrêt très intéressant en 2011¹⁰⁹. Dans celui-ci le partenaire commercial s'estimant lésé soulevait divers fondements au soutien de son action et notamment l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Si les juges écartent l'argument sur cette base légale, ils répondent tout de même de manière didactique que « *[la] disposition, examinée au regard de l'économie générale du contrat, n'apparaît pas comme créant un déséquilibre significatif* ». Cet arrêt applique donc avec précision la solution retenue par la doctrine. Le Tribunal de commerce d'Évry a également eu l'occasion d'examiner le contrat dans son ensemble récemment¹¹⁰. La formulation retenue par les juges est extrêmement claire et reprend la position doctrinale relative au déséquilibre significatif : « *qu'il ressort en effet clairement de ce texte que le déséquilibre prohibé doit s'apprécier au niveau des « droits et obligations des parties » c'est-à-dire de l'ensemble du contrat ; que ce déséquilibre pourrait résulter de l'accumulation d' « obligations » c'est-à-dire de clauses parfaitement licites dont seul le nombre ou le poids créeraient l'excès prohibé* ». Cette formulation doit être saluée car elle procure une synthèse de ce que les praticiens attendaient du déséquilibre significatif, il manque toutefois certains éléments factuels pour qu'il soit possible d'apprécier pleinement cette décision¹¹¹.

Sans l'affirmer de manière si claire, le Tribunal de commerce de Lille a également semblé pencher en faveur d'une prise en compte de l'économie du contrat¹¹². Il semble que la juridiction penche en faveur d'une analyse de l'économie générale du contrat. Pour se faire, elle énumère les différentes pratiques avant de déclarer qu'elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties « *du fait de l'articulation des clauses (...) de sa convention de distribution* ». La chose n'est donc pas aussi nette que dans l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy ou dans le jugement du Tribunal de commerce d'Évry, néanmoins

¹⁰⁸ Tribunal de commerce de Lille, *op. cit.* note 92, page 47.

¹⁰⁹ Cour d'appel de Nancy, 14 décembre 2011, n° 10/02664.

¹¹⁰ Tribunal de commerce d'Évry, « *Groupement Intermarché contre Ministre de l'Économie* », 6 février 2013, n° 2009F00727.

¹¹¹ Lettre de la distribution, « *D'une autre approche du déséquilibre significatif au contrôle du bien-fondé des services et de la non-rétroactivité des accords : une nouvelle science de plus, la « L. 442-Sixologie » ?* », Mars 2013.

¹¹² Tribunal de commerce de Lille, *op. cit.* note 92, page 47.

cela semble être une nouvelle solution en faveur de la prise en compte de l'économie générale du contrat.

Il ne faudrait pas en conclure que chaque juridiction choisit son camp. Par un jugement rendu en 2010, le Tribunal de commerce de Lille se positionne dans une optique différente¹¹³. Si le jugement indique que « *le tribunal dira qu'elle contribue au déséquilibre significatif déjà constaté entre les droits et obligations des parties* », la décision ne reprend pas une telle analyse qui pencherait en faveur d'une analyse globale du contrat. La juridiction examine chaque clause et les déclarent significativement déséquilibrées les unes après les autres. Au sein même des différents tribunaux le débat fait donc rage et la solution à retenir est bien incertaine. Toutefois, la majorité des décisions rendues révèle une faveur pour une analyse clause par clause ce qui conduit à élaborer, comme en matière consumériste, une sorte de liste grise des clauses abusives.

B. Vers l'instauration d'une liste de clauses grises ou noires

Les développements jurisprudentiels sur la notion de déséquilibre significatif ont fait s'interroger certains auteurs sur l'instauration tacite d'une liste de clauses grises ou noires, comme en droit de la consommation¹¹⁴

Ainsi, si les praticiens estimaient qu'une analyse de l'économie globale du contrat devait être préférée, dans le souci de prendre en compte la réalité de la négociation commerciale, les juridictions n'ont pas agi de cette manière. A la lecture des différentes décisions délivrées principalement dans le cadre des « assignations Novelli », il apparaît que c'est l'analyse clause par clause qui prévaut. Si malgré tout un rapprochement total avec le droit de la consommation n'est pas possible, une sorte de liste grise des clauses présumées abusives semble se dessiner.

Les clauses examinées dans le cadre du contentieux des « assignations Novelli » sont très variées. Ainsi instaure un déséquilibre significatif le fait de permettre la résiliation d'un contrat au bénéfice du distributeur en cas de défaut de performance d'un produit, alors que la

¹¹³ Tribunal de commerce de Lille, « *Castorama contre Ministre de l'Économie* », 6 janvier 2010, n° 2009-05184.

¹¹⁴ Thierry TITONE, Frédéric COULON, « *Première définition jurisprudentielle de la notion de déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels* », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 70, 2012.

vente d'un produit dépend de sa position dans les linéaires, et donc du choix du distributeur lui-même, certaines juridictions ont même employé le terme de « clause potestative ». Peut également être mentionné le fait pour le distributeur d'imposer au fournisseur de répercuter sur ses tarifs les variations à la baisse de ses coûts sous peine de déréférencement alors que l'augmentation des coûts nécessite un accord du distributeur, qu'il peut refuser, pour que les prix soient modifiés.

D'autres clauses ont ainsi été examinées par le juge et qualifiées d'obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Contrairement au droit de la consommation, il ne sera pas possible de présumer de manière irréfragable que lesdites clauses sont abusives. En effet, si le secteur de la consommation met toujours en présence la partie présumée forte, le professionnel, et la partie présumée faible, le consommateur, un tel schéma ne se retrouve pas en droit commercial. Bien entendu, la grande distribution pourrait se prêter à ce type d'analyse. Toutefois, il est important de rappeler que tous les fournisseurs de la grande distribution ne sont pas en position de faiblesse. Les marques les plus importantes disposent d'un levier conséquent pour obtenir du distributeur la mise en place d'une véritable négociation. Ainsi, il n'est pas possible d'appliquer à une société la solution retenue pour une autre société.

De même, si une liste des clauses présumées abusives doit être mise en place, celle-ci n'est que tacite. A nouveau, la spécificité du domaine commercial nécessite une grande souplesse et ne nécessite pas l'intervention du législateur pour figer les obligations déclarées potentiellement abusives. Il s'agit donc d'une liste de fait, ayant davantage vocation à servir à la doctrine qu'aux juges. D'autant que si la jurisprudence semble faire prévaloir une analyse clause par clause, cette solution n'a eu, jusqu'à récemment, rien d'acquis. Il n'est devenu véritablement pertinent de recenser ces clauses que depuis peu comme cela sera développé *infra*. Malgré tout, le Conseil constitutionnel avait déjà fait montre d'une faveur à une analyse consumériste de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

II. Les précisions apportées par le Conseil constitutionnel

A. L'incitation à un raisonnement par analogie

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC au sujet de la constitutionnalité de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce¹¹⁵, avait cité de manière intéressante l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Or, ainsi que développé *supra*, cet article invite dans ses termes même à analyser le déséquilibre significatif vis-à-vis d'une clause en particulier. En effet, l'article dispose que « *sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer (...) un déséquilibre significatif* ». Le Code de commerce fait quant à lui référence aux « obligations ». Cette différence n'arrête pourtant pas le Conseil constitutionnel qui indique que le Code de la consommation fait déjà référence au déséquilibre significatif, « *qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence* », le juge peut se prononcer de manière éclairée. C'est donc, de la part de cette institution, une invitation à raisonner par analogie. Pourtant, comme il l'a été indiqué à de multiples reprises, les praticiens affirment de manière unanime que si les deux textes emploient tous deux la terminologie de « déséquilibre significatif », une pure transposition des décisions rendues sur le fondement de l'un ou de l'autre n'est pas possible compte-tenu de la spécificité de chacun des domaines¹¹⁶.

D'une part, en droit de la consommation l'inégalité du rapport de force fait partie intégrante de la relation entre le consommateur et le professionnel de sorte que le juge qui prononce abusive une clause dans un contrat relatif à un secteur déterminé envoie un signal général aux professionnels de prendre en compte la décision et d'éliminer la clause abusive. En matière commerciale, la clause jugée abusive ne le sera pas nécessairement vis-à-vis de tous les contrats du secteur en cause. En effet, dans un autre contrat, la clause pourrait être contrebalancée par une autre moins favorable. De surcroît, ainsi que le souligne Maître Fourgoux, l'abus sanctionné par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne vise pas que la clause insérée dans le contrat, mais également l'abus au stade de la négociation. La disposition prévoit en effet qu'elle engage la responsabilité du professionnel le préjudice causé par le fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre* ». La simple intimidation peut être sanctionnée alors que tel n'est pas le cas en droit de la consommation pour lequel seul l'accomplissement de l'inscription est sanctionné.

¹¹⁵ Conseil constitutionnel, *op. cit.* note 65, page 33.

¹¹⁶ Jean-Louis FOURGOUX, *op. cit.* note 30, page 18.

Pour asseoir encore davantage l'analogie à laquelle le Conseil constitutionnel procède, ce dernier indique qu'une saisine de la CEPC est possible. Cette indication, qui fait suite à la mention du Code de la consommation, n'est pas sans sous-entendre que cette commission a vocation à jouer un rôle de guide similaire à celui de la Commission des clauses abusives.

La décision du Conseil constitutionnel paraît davantage souhaiter sauver ce texte pris dans la tourmente de la question prioritaire de constitutionnalité¹¹⁷. Pour cela, ce dernier choisit de raisonner par analogie et de rapprocher deux textes qui n'ont rien de similaire. Peut-être cet élément a-t-il été pris en compte par les juridictions puisque la décision du 13 janvier 2011 a semble-t-il été ignorée par celles-ci.

B. Une décision peu suivie

La jurisprudence s'est prononcée en faveur d'une analyse clause par clause, se rapprochant ainsi du droit de la consommation. Néanmoins, l'analogie s'arrête là. Les juridictions n'ont pas suivi les indications données par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 janvier 2011, deux éléments nous démontrent cela.

D'une part, le Conseil constitutionnel avait invité les juridictions à se tourner vers la CEPC afin de recueillir son avis. En matière consumériste le dispositif fonctionne bien et les professionnels se rangent aux avis de la Commission des clauses abusives. Elle a su au fil des années devenir une véritable référence. La CEPC, quant à elle, n'est pas aussi prodigue en publication. La saisine d'une juridiction prévue par la CEPC avait pu laisser espérer une revalorisation de son rôle, mais quelques années après l'entrée en vigueur de la LME le bilan est fortement négatif en ce sens. C'est pourquoi lorsqu'en 2011 le Conseil constitutionnel mentionne la CEPC, il était possible de croire à un retour sur le devant de la scène de la Commission. Pourtant, un peu moins de trois ans après cette décision, à nouveau le désintérêt des praticiens pour la CEPC peut être remarqué. L'intervention du Conseil constitutionnel n'y aura donc rien changé.

¹¹⁷ Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Le déséquilibre significatif pris dans la tourmente de la question prioritaire de constitutionnalité* », *Revue Contrats Concurrence Consommation*, n°12, Décembre 2010.

D'autre part, une récente décision du Tribunal de commerce de Meaux s'éloigne de la jurisprudence existante en droit de la consommation¹¹⁸. Le distributeur arguait en l'espèce qu'il ne pouvait plus lui être reproché l'imposition d'une obligation créant un déséquilibre significatif au détriment de son cocontractant dans la mesure où il avait modifié les clauses litigieuses. En effet, il prétendait que quelques semaines après réception de l'assignation il avait modifié les clauses visées par l'action du ministre de l'Économie. Or, en application de la jurisprudence consumériste, l'action devient irrecevable faute pour son objet d'exister. Cette solution a été délivrée par la Cour de cassation en ces termes : « *à la date à laquelle elle statuait le contrat litigieux initialement destiné aux particuliers n'était plus proposé qu'à des professionnels (...), l'action de l'UFC 38 initialement recevable, était devenue sans objet relativement à la demande de suppression de clauses abusives et dépourvue de fondement quant à l'indemnisation du préjudice prétendument causé* »¹¹⁹. Le Tribunal de commerce de Meaux affirme néanmoins que l'arrêt précédent « *ne consacre pas une interdiction pour le Ministre (...) de mener une action judiciaire (...) et de solliciter la cessation de la pratique fautive pour l'avenir* » et ajoute que « *le fait que la pratique en ait cessé au jour où le Tribunal statue ne peut avoir pour effet de priver le Ministre du droit que soient sanctionnées les dispositions antérieurement fautives* ». Contrairement à ce qu'indiquait le Conseil constitutionnel, le Tribunal s'éloigne de la jurisprudence relative au droit de la consommation puisqu'elle déclare l'action du ministre de l'Économie recevable malgré la suppression des clauses litigieuses.

Les juridictions paraissent donc ignorer la décision du Conseil constitutionnel et développent une jurisprudence hybride, à mi-chemin entre le droit de la consommation et le droit commercial, une jurisprudence qui pourrait être qualifiée de purement civiliste. Malgré une quasi-unanimité en faveur d'une analyse clause par clause, comme en droit de la consommation, les décisions présentent une certaine insécurité juridique car les unes admettent l'action du ministre¹²⁰, tandis que les autres la déclarent irrecevable¹²¹. C'est dans ce contexte de grand flou que les praticiens attendaient le premier arrêt d'appel, faisant suite aux « assignations Novelli », qui est finalement intervenu en 2013.

¹¹⁸ Tribunal de commerce de Meaux, « *EMC Distribution contre Ministre de l'Économie* », 24 janvier 2012, n° 2009/02296.

¹¹⁹ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 1^{er} février 2005, n° 03-16.935.

¹²⁰ Tribunal de commerce de Lille, *op. cit.* note 113, page 113.

¹²¹ Tribunal de commerce de Créteil, *op. cit.* note 97, page 49.

Section 2 : Les récentes précisions sur la notion de déséquilibre significatif

I. Une solution attendue

A. *La faveur à une analyse clause par clause*

La jurisprudence était bringuebalée entre analyse de l'économie générale du contrat et raisonnement clause par clause. Les décisions rendues en première instance au sujet des « assignations Novelli » ont presque toutes été frappées d'appel. Rappelons que certaines juridictions avaient rejeté l'action du ministre purement et simplement¹²², d'autres avaient examiné le contrat dans son ensemble avant de se prononcer¹²³, enfin les dernières examinaient une clause après l'autre¹²⁴. Dans ce contexte d'insécurité juridique, l'intervention de la Cour d'appel de Paris était très attendue¹²⁵. Le premier arrêt d'appel rendu dans le cadre des « assignations Novelli » est intervenu en juillet 2013¹²⁶ et fait suite à un jugement du Tribunal de commerce de Meaux de janvier 2012¹²⁷.

Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris use d'une analyse clause par clause, indiquant que « *l'inscription par un distributeur (...) de deux clauses instaurant un tel déséquilibre, constitue (...) une tentative d'imposer à ses partenaires un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Certes, la Cour ne se montre pas aussi pédagogique que la Cour d'appel de Nancy lorsqu'elle avait retenu la prise en compte de l'économie générale du contrat¹²⁸, mais il ne fait aucun doute que sa faveur se porte sur une analyse clause par clause du contrat. Les juges vont même plus loin puisqu'ils affirment, au mépris de la jurisprudence consumériste, « *[qu'il] importe peu (...) que la société mise en cause ait d'ores et déjà supprimé les dispositions critiquées puisque la qualification d'une clause comme étant contraire à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, par une juridiction, porte effet pour l'avenir et empêche la réintroduction de celle-ci dans les contrats ultérieurs* ». Ainsi, non seulement le déséquilibre significatif est apprécié par rapport à une seule clause, mais de surcroît la clause peut bien avoir depuis disparue sans que cela n'entraîne l'irrecevabilité de l'action.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Tribunal de commerce de Lille, *op. cit.* note 92, page 47.

¹²⁴ Tribunal de commerce de Lille, *op. cit.* note 113, page 58.

¹²⁵ Thierry TITONE, Frédéric COULON, *op. cit.* note 114, page 58.

¹²⁶ Cour d'appel de Paris, « *EMC Distribution contre Ministre de l'Économie* », 4 juillet 2013, n° 12/07651.

¹²⁷ Tribunal de commerce de Meaux, *op. cit.* note 118, page 61.

¹²⁸ Cour d'appel de Nancy, *op. cit.* note 109, page 57.

Les juges rejettent l'argument de la société qui faisait valoir que ces clauses d'une part n'avaient jamais été appliquées, d'autre part n'existaient pas dans tous les contrats des fournisseurs. La Cour d'appel indique que ce dernier élément est indifférent en raison du rapport de force qui existe dans le secteur de la grande distribution : « *le fait pour une enseigne de la grande distribution, d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans le contrat type qu'elle conclut avec tous ses fournisseurs, donne à cette clause la portée d'un principe auquel ces derniers ne peuvent déroger qu'au terme d'une négociation, ce qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée* ». Il n'est ainsi pas caché au distributeur que cette sévérité tient principalement à la réputation du secteur.

S'il est notoire qu'à l'exception de rares cas, le fournisseur n'est pas à même de négocier d'égal à égal avec le distributeur, d'un point de vue plus subjectif, cette action, qui s'apparente fortement à une action sur le terrain pénal est contestable. Elle ne bénéficie pas des mêmes garanties qu'en la matière puisque le distributeur n'obtient pas du juge qu'il constate « *le caractère abusif d'une action médiatisée avant que le Tribunal de commerce de Meaux et EMC Distribution n'en soient informées, alors que nul ne peut préjuger d'une action judiciaire* ». De ce point de vue là, il peut être déploré que le juge ne se prononce pas. L'approche retenue par le Tribunal de commerce d'Évry mérite d'être rappelée, puisque celui-ci avait affirmé que « *le ministre postule, qu'en raison d'une « asymétrie dans les rapports de force entre la plupart des fournisseurs et les distributeurs » la négociation sera défavorable aux fournisseurs mais (...) il ne se donne pas les moyens d'en faire la démonstration* »¹²⁹. Si les institutions souhaitent protéger l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce du grief de l'arbitraire, elle ferait bien de se montrer plus nuancées au risque de se voir reprocher de préjuger de l'affaire.

B. La sévérité du juge à l'égard du distributeur

Les pratiques restrictives de concurrence sont distinguées des pratiques anticoncurrentielles, pourtant il apparaît à la lecture de l'arrêt précédemment cité que la frontière, sur le terrain de la sanction, s'amenuise. En effet, tout comme des faits d'ententes par exemple, il importe peu que la pratique ait disparu au jour où les juges statuent. Cette

¹²⁹ Tribunal de commerce d'Évry, *op. cit.* note 110, page 57.

sévérité affichée par les juges vise, de la même façon que lorsque l’Autorité de la concurrence se prononce, à envoyer un message clair aux professionnels. En l’espèce, en première instance le distributeur avait été condamné à payer une amende civile de 400 000 euros. S’en tenant à la ligne de conduite qu’il avait toujours adopté, le ministre de l’Économie réclamait en appel à nouveau une amende de 2 millions d’euros. Bien mal a pris la société défenderesse de contester le jugement du Tribunal de commerce de Meaux. Non seulement ses arguments sont intégralement rejetés, mais la Cour d’appel de Paris de surcroît augmente le montant de l’amende civile et porte celle-ci à 600 000 euros. Pour reprendre les propos de Maître Grall au sujet du ministre de l’Économie qui, devant le Tribunal de commerce d’Évry, avait vu ses demandes intégralement rejetées, la Cour d’appel de Paris « *va, d’un revers de manche, renvoyer [le distributeur] dans ses 22 mètres (...). Le jugement est à cet égard très sévère ! En effet, c’est en quelque sorte un message du type « n’y revenez pas » !* »¹³⁰.

A cet égard, il est intéressant de relever les différentes amendes infligées aux distributeurs qui ont fait l’objet des fameuses « assignations Novelli »¹³¹. En 2010, le Tribunal de commerce de Lille inflige 300 000 euros au distributeur¹³². Ce même tribunal, en 2011 sanctionne un autre distributeur à hauteur de 1 million d’euros¹³³. La même année, le Tribunal de commerce de Meaux impose 250 000 euros d’amende¹³⁴. Enfin, ainsi qu’indiqué *supra*, le Tribunal de commerce de Meaux a également infligé 400 000 euros d’amende¹³⁵ à la société ayant interjeté appel dans le cadre de l’arrêt de la Cour d’appel de Paris. Ce sont donc des montants généralement très importants, doublés d’une médiatisation qui n’est pas sans conséquence pour le distributeur.

Si l’on peut comprendre qu’une réglementation devait intervenir afin d’encadrer le domaine de la négociation commerciale dans laquelle les rapports de force sont parfois fortement déséquilibrés, à la lecture des décisions rendues dans le cadre des « assignations Novelli », le bilan est mitigé. Certes, l’analyse de l’ensemble des contrats liant les fournisseurs aux distributeurs serait un travail colossal, néanmoins actuellement d’une part le distributeur peut être sanctionné sur le fondement de certains contrats seulement, présumant

¹³⁰ Jean-Christophe GRALL, « *Affaire Intermarché : un jugement en demi-teinte !* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 35, 2013.

¹³¹ Lettre de la distribution, « *Compareur de sanctions : chez Castorama 300 000 euros, chez Auchan 1 million, chez Leclerc 1 million, chez Cora 250 000 euros...* », Décembre 2011.

¹³² Tribunal de commerce de Lille, *op. cit.* note 113, page 58.

¹³³ Tribunal de commerce de Lille, *op. cit.* note 92, page 47.

¹³⁴ Tribunal de commerce de Meaux, *op. cit.* note 75, page 38.

¹³⁵ Tribunal de commerce de Meaux, *op. cit.* note 118, page 61.

que l'ensemble des contrats présente des dispositions similaires, et c'est justement ce qu'avait reproché au ministre de l'Économie le Tribunal de commerce de Créteil¹³⁶. D'autre part, le sort du distributeur semble, à bien des égards, joué d'avance compte-tenu de la piètre réputation dont jouit le secteur. A la lecture des différentes décisions précitées, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est entouré d'un flou certain, les juridictions semblent dépassées par l'appréciation à donner à une notion rédigée en des termes trop vagues mais pourtant validée par le Conseil constitutionnel. Cette décision tant attendue laisse à nouveau son lot d'interrogation.

II. L'appréciation souveraine des juges du fond

A. La prise en compte des circonstances

Les débats autour de la notion de déséquilibre significatif ne se sont pas uniquement cristallisés autour de la nécessité de prendre en compte le contrat dans sa globalité et non seulement une clause séparée des autres. Un autre facteur problématique a consisté à s'interroger sur la prise en compte, ou non, des circonstances. En effet, d'un point de vue civiliste, dès lors qu'il y a accord de volonté éclairé des parties, le contrat ne saurait être aisément anéanti. En matière commerciale, il serait tentant de raisonner de la même façon, c'est-à-dire qu'une fois le contrat signé entre les deux partenaires commerciaux il ne serait plus possible de revenir sur ses termes. Pourtant, comme il l'a été maintes fois signalé, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce résulte de la volonté de l'exécutif de contrôler le secteur de la grande distribution alors non efficacement réglementé. Dans ce secteur où l'intimidation de la partie faible est monnaie courante, présumer que le déséquilibre significatif n'existe pas du fait de l'acceptation du contrat tel quel aurait été problématique car il aurait anéanti tous les efforts d'encadrement.

La jurisprudence a cette fois-ci bien réagi puisqu'elle apprécie généralement *in concreto* la situation des parties au litige. A titre d'illustration, la Cour d'appel de Rouen a ainsi reconnu qu'il existait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties car, quand bien même la clause a-t-elle été acceptée par les deux partenaires commerciaux, « *le poids économique de Sofresid, avec ses 451 salariés, est d'une toute autre*

¹³⁶ Tribunal de commerce de Créteil, *op. cit.* note 97, page 49.

importance que celui d'Y, qui n'est animée que par Antoine X»¹³⁷. Cet arrêt qui se situe hors du contexte des seules « assignations Novelli », n'en illustre pas moins la prise en compte des circonstances de la conclusion du contrat. D'autant que les parties en présence n'évoluaient pas dans le secteur de la grande distribution, de fait, les rapports de force en présence ne bénéficiaient d'aucun apriori de la part du juge. Il en va autrement lorsque le juge examine le comportement de l'une des centrales d'achats vis-à-vis de ses fournisseurs. Un second exemple, cette fois-ci dans le sens du rejet de l'application au litige de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, peut-être trouvé dans un arrêt de la Cour d'appel de Douai¹³⁸. La société appelante prétend subir un déséquilibre significatif du fait d'une clause insérée dans une convention d'assistance technique qui la lie à une autre société. Les deux parties semblent être dans un rapport de force égal et la convention a fait l'objet d'une négociation. Pour cette raison, les juges rejettent l'appel formé par l'une des sociétés au motif qu'elle « *a accepté au bénéfice de sa cocontractante librement un avantage qu'elle n'a pas à l'époque considéré comme disproportionné (...). Le contexte des négociations confirme la volonté des parties de contracter en ce sens* ». A la lecture des faits il n'est pas possible de parler d'imprévision puisque l'une des sociétés a seulement usé de sa faculté de sortie unilatérale du contrat, la formulation évoque malgré tout cette notion civiliste. Outre cet aspect, c'est bien l'existence d'une négociation qui justifie le rejet de l'argument soulevé par la société, d'autant qu'elle ne pouvait arguer avoir subi des pressions à ce stade car son partenaire commercial n'était pas la partie forte lors de la négociation.

L'étude de la jurisprudence existante en matière de déséquilibre significatif nous permet donc de tirer un bilan positif lorsque les relations envisagées se situent hors du champ très particulier de la grande distribution. Dans ce dernier cas, ainsi que développé *supra*, un certain arbitraire peut être reproché au juge. Cet élément pourrait donner lieu à des évolutions futures.

B. Des réponses en suspens

La Cour d'appel de Paris a certes répondu à certaines questions qui s'étaient posées au lendemain des décisions de première instance. Néanmoins d'un point de vue juridique certains éléments posent problème et seraient susceptibles de faire l'objet d'une cassation.

¹³⁷ Cour d'appel de Rouen, 12 décembre 2012, n° 12/01200.

¹³⁸ Cour d'appel de Douai, « *M31 contre Forgital Dembiermont* », 23 mai 2013, n° 12/01628.

Dans sa décision de 2012, le Tribunal de commerce de Meaux annonce de manière curieuse que « *le Ministre de l'Économie de l'Industrie et de l'Emploi ne rapporte pas la preuve de l'usage fait des dispositions contractuelles constitutives d'un déséquilibre significatif dans les relations entre le fournisseur et le distributeur ; qu'en conséquence le Tribunal prononcera à l'encontre de la société EMC Distribution une amende civile réduite à la somme de 400 000 euros* »¹³⁹. Le raisonnement est contestable : le tribunal reconnaît que le ministre de l'Économie ne rapporte pas la preuve que les clauses ont été mises en pratique, mais sanctionne tout de même, la chose est surprenante¹⁴⁰. Les praticiens pouvaient légitimement s'attendre à ce que la Cour d'appel de Paris sanctionne une telle interprétation. Pourtant, elle reprend la même formulation tout aussi étrange : « *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. Dans ces conditions, il convient de prononcer une amende civile de 600.000 euros à l'encontre de la société EMC* »¹⁴¹. Il est vrai qu'ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel¹⁴², l'action du ministre de l'Économie répond à un objectif de préservation de l'ordre public économique. Ainsi, il importe peu que l'obligation ait effectivement été mise à exécution. Toutefois, augmenter de 200 000 euros le montant de l'amende civile paraît bien sévère pour des clauses qui n'ont, semble-t-il, pas été mises en œuvre. Les juges considèrent que l'amende « *doit répondre à un caractère de sanction au regard du trouble à l'ordre public économique, à celui d'effet suffisamment exemplaire et dissuasif pour éviter la répétition de telles pratiques* »¹⁴³. Il est malgré tout bien sévère de modifier la décision de première instance uniquement du point de vue du montant de la sanction, en l'augmentant. Les distributeurs risquent fort de se garder d'interjeter appel, ceux qui ont renoncé à tout recours peuvent s'en frotter les mains¹⁴⁴.

Face à ce dispositif fortement teinté de droit pénal, espérons que les distributeurs mènent le litige devant la Cour de cassation afin que celle-ci prenne position. Il est à craindre que celle-ci ne fasse pas droit aux demandes des fournisseurs dans la mesure où le Conseil

¹³⁹ Tribunal de commerce de Meaux, *op. cit.* note 118, page 61.

¹⁴⁰ Lettre de la distribution, « *Déséquilibre significatif dans les relations fournisseurs/distributeurs* », Février 2012.

¹⁴¹ Cour d'appel de Paris, *op. cit.* note 126, page 63.

¹⁴² Conseil constitutionnel, *op. cit.* note 55, page 28.

¹⁴³ Tribunal de commerce de Lille, *op. cit.* note 92, page 47.

¹⁴⁴ Bulletin rapide de droit des affaires, « *Déséquilibre dans les droits et obligations d'un distributeur et de ses fournisseurs* », 1/12, 15 janvier 2012.

constitutionnel¹⁴⁵, puis la CEDH¹⁴⁶ se sont déjà prononcés en faveur de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

Cinq années se sont écoulées depuis l'insertion de la notion de déséquilibre significatif dans le Code de commerce, le bilan est relativement négatif. Le législateur paraît avoir ignoré les nécessités de la négociation commerciale. Les praticiens pouvaient espérer que l'application qu'en feraient les juridictions du texte préserverait les partenaires commerciaux d'une atteinte trop grande au contrat. Les espoirs ont été déçus, il n'y a plus qu'à attendre une nouvelle réforme du droit commercial. Compte-tenu de la frénésie législative qui agite le Parlement, cela pourrait intervenir bientôt, d'autant que le projet de loi relatif à la consommation actuellement en discussion au Parlement procède déjà à des modifications du Code de commerce.

¹⁴⁵ Conseil constitutionnel, *op. cit.* notes 55 et 65, pages 28 et 33.

¹⁴⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.* note 56, page 29.

Conclusion du Chapitre 2 :

Les praticiens étaient unanimes : il n'était pas possible de procéder par analogie avec le droit de la consommation tant les relations commerciales obéissent à des règles différentes. La jurisprudence a rapidement déçu puisque les décisions ont largement privilégié une analyse clause par clause similaire à celle imposée par l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Les quelques décisions qui ont opté pour une analyse de l'économie générale du contrat sont généralement peu claires. Le Conseil constitutionnel a joué un rôle dans cette tendance jurisprudentielle puisqu'il a lui-même incité à ce raisonnement par analogie afin de sauver le texte qui risquait fort d'être déclaré inconstitutionnel en raison de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette décision démontre une méconnaissance évidente du secteur et une tentative de sauvetage désespérée du texte.

La décision du Conseil constitutionnel a certes sauvé le texte, mais à quel prix ? Non seulement le texte était, dès l'origine, une aberration dans un secteur qui exige un impératif de liberté et de rapidité, or l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est un frein important à la négociation commerciale. Désormais, de surcroît, les professionnels doivent supporter une analyse consumériste qui ne prend pas en compte les bases de la négociation : les concessions. Il est vrai que dans le secteur de la grande distribution, le fournisseur peut se trouver opprimé par le grand distributeur, mais ça n'est certainement pas une généralité. Comme le souligne le Professeur Béhar-Touchais : « *On peut supposer que Nike, ou Coca-Cola, négocient davantage les contrats avec les différentes enseignes généralistes que d'autres fournisseurs moins puissants* »¹⁴⁷.

Il est également à regretter que les juges ne se montrent pas plus prolixes sur la manière d'appréhender le déséquilibre significatif. L'analyse serait, selon la Cour d'appel de Paris, une analyse clause par clause, le principe semble désormais acquis. Mais quid de la prise en compte du contexte de la négociation ? A la lecture de la jurisprudence existante, une présomption simple d'abus au stade de la négociation semble reposer sur le partenaire commercial dès lors qu'il est un grand distributeur. Pourtant, si un fournisseur, considéré comme partie faible par le texte de manière implicite, négocie véritablement le contrat et accepte des clauses qui lui sont défavorables afin d'obtenir du grand distributeur un avantage, sans prise en compte du contexte, c'est lui permettre de renégocier le contrat à son entier bénéfice !

¹⁴⁷ Martine BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.* note 1, page 6.

Ainsi, en 2013, cinq années après l'entrée en vigueur de la LME, le déséquilibre significatif déçoit. Loin d'être devenu un véritable outil de contrôle du contrat, il est déjà un système dévoyé par l'appréciation qu'en ont fait les juges.

Conclusion :

L'introduction de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'a jamais été perçue d'un très bon œil par les praticiens. Sa forte ressemblance avec l'article L. 132-1 du Code de la consommation invitait à un a priori négatif puisqu'elle insinuait que la négociation commerciale mettait en présence une partie faible et une partie forte. Or, si cette situation est parfois le cas, l'article s'applique également si les parties sont de forces égales. Cela porte une atteinte grave à la force obligatoire du contrat puisque chaque partie peut désormais agiter le spectre du déséquilibre significatif pour obtenir, devant les juges ou hors de tout contentieux, une renégociation du contrat. Des clauses auparavant classiques et relevant des usages commerciaux risquent fort de ne plus jamais être comprises dans le contrat par crainte de la sanction qui pourrait en résulter.

Compte-tenu des abus qui peuvent exister au stade de la négociation commerciale, laisser celle-ci sans garde-fou est risqué, néanmoins n'aurait-il pas été possible de rédiger un article en des termes plus clairs et précis, ou laisser l'article L. 442-6 du Code de commerce en l'état ? Celui-ci énumère déjà un certain nombre de pratiques restrictives de concurrence qui ouvre droit à des dommages et intérêts ou une nullité de l'obligation litigieuse. De surcroît, le ministre de l'Économie peut également agir sur le terrain de ces pratiques, or à la lecture des décisions rendues à la suite des « assignations Novelli », nombreuses sont les clauses litigieuses qui auraient pu relever de l'une des dispositions existant antérieurement à la LME. Le déséquilibre significatif apparaît être une notion doublon qui instaure une confusion. La jurisprudence nous livre un certain nombre d'illustrations en ce sens. Désormais, la partie demanderesse expose ses prétentions et, subsidiairement, invoque l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, espérant être plus chanceuse sur cette base juridique « fourre-tout ». A titre d'exemple, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon¹⁴⁸ l'appelante demande la nullité du contrat et, à défaut de l'obtenir, que le déséquilibre significatif soit reconnu. A la lecture des faits, il n'est pas certain que cet argument était véritablement pertinent. Cet arrêt illustre le flou qui entoure le déséquilibre significatif.

Que peut-on désormais attendre du déséquilibre significatif ? L'arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2013¹⁴⁹ démontre que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce risque fort de devenir une machine à hacher du droit, et ce, que le ministre de l'Économie soit

¹⁴⁸ Cour d'appel de Lyon, 16 mai 2013, n° 11/07152.

¹⁴⁹ Cour d'appel de Paris, *op. cit.* note 126, page 63.

partie ou non à l'instance. Si le présent arrêt devait faire l'objet d'un pourvoi en cassation, il n'est pas certain que la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel. La notion de déséquilibre significatif bénéficie d'une faveur du gouvernement, partagée semble-t-il par la Cour de cassation. Cette dernière ayant déjà eu l'occasion de protéger l'article L. 442-6 du Code de commerce en son arrêt relatif à l'action du ministre de l'Économie. La volonté de préserver à tout prix cet article entrainera probablement le rejet des prétentions des distributeurs.

La notion française de déséquilibre significatif est, actuellement, unique dans l'Union européenne. Certains régimes sont génétiquement opposés à une telle immixtion d'une tierce partie dans le contrat, tels les systèmes de Common Law. Pourtant, la Commission européenne a présenté un livre vert qui pourrait changer les choses¹⁵⁰. Il n'y est pas expressément fait mention de la notion de déséquilibre significatif, cependant les clauses sanctionnées par la jurisprudence sur ce fondement sont abordées. Ainsi, on peut y lire « *après la signature d'un contrat, les pratiques commerciales déloyales peuvent simplement consister à appliquer les clauses inéquitables qu'il contient. (...) En outre, les parties peuvent ne pas avoir le même niveau d'information sur la transaction, ce qui peut entraîner un comportement abusif de la partie la plus forte vis-à-vis d'une autre plus faible* ». Cette phrase illustre les raisons pour lesquelles l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a été inséré. Il est trop tôt pour savoir si une directive de l'Union européenne viendra réglementer ces « pratiques commerciales déloyales » et instaurer une notion similaire au déséquilibre significatif français dans l'Union européenne, rendant dès lors le dispositif intouchable. C'est toutefois une possibilité à laquelle les praticiens devraient d'ores et déjà se préparer¹⁵¹.

¹⁵⁰ Commission européenne, « *Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe* », 31 janvier 2013.

¹⁵¹ Marion FUHRMANN, « *Grande distribution et droit de la concurrence* », 2013.

Bibliographie :

I. Ouvrages

D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 6^{ème} édition, 2012.

M. FUHRMANN, *Grande distribution et droit de la concurrence*, 2013.

Lamy Droit de la responsabilité, Wolters Kluwer, 2013.

Lamy Droit du contrat, Wolters Kluwer, 2013.

Lamy Droit économique, Wolters Kluwer, 2013.

II. Articles

M. ALBERTINI, *Validité et efficacité des clauses limitatives de responsabilité entre professionnels*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 50, Décembre 2012.

P. ARHEL, *Loi de modernisation de l'économie : une nouvelle réforme du droit de la concurrence*, Petites affiches, n° 158, page 3, 2008.

A. BALLOT-LÉNA, *Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 38, Septembre 2008.

M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Actualité des pratiques restrictives*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 20, 2009.

M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Aucune clause ne résiste à l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce sanctionnant le déséquilibre significatif*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 31, 2012.

M. BÉHAR-TOUCHAIS, *L'action du ministre en condamnation à une amende civile est-elle recevable en l'absence d'information des fournisseurs ?*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 31, 2012.

M. BÉHAR-TOUCHAIS, *L'arrêt d'Assemblée plénière du 22 avril 2011 va-t-il influencer sur le régime de l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6-III du Code de commerce (ou l'action du ministre : acte 3)*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 29, 2011.

M. BÉHAR-TOUCHAIS, *La théorie de l'imprévision, revue et corrigée par le droit commercial : quand la clause de hardship est imposée sous peine d'amende administrative*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 36, 2013.

M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Le ministre et le grand distributeur devant la Cour européenne des droits de l'Homme, mais toujours sans les fournisseurs (ou l'action du ministre : acte IV)*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 31, 2012.

M. BÉHAR-TOUCHAIS, *LME*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 17, 2008.

M. BEHAR-TOUCHAIS, *Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 46, 2010.

M. BÉHAR-TOUCHAIS, *On ne reprend pas aux fournisseurs ce que le ministre leur a « restitué » !*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 31, 2012.

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 du droit » ?* Revue Lamy de la concurrence, n° 23, 2010.

M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Toujours plus : les pouvoirs exorbitants de l'article L. 442-6-III ne seraient-ils pas suffisants ?*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 31, 2012.

A. BERG-MOUSSA, *3 questions : Le « déséquilibre significatif dans les relations commerciales » : précisions et questionnements*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 1, Janvier 2012.

A. BERG-MOUSSA, *3 questions sur l'action du ministre contre les pratiques restrictives de concurrence*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 21, Mai 2011.

J.-D. BRETZNER, Colloque *Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

Bulletin rapide de droit des affaires, *Déséquilibre dans les droits et obligations d'un distributeur et de ses fournisseurs*, 1/12, 15 janvier 2012.

F. BUY, *Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce*, Petites affiches, n° 252, 17 décembre 2008.

M. CHAGNY, *L'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations*, Recueil Dalloz 2011, page 392.

M. CHAGNY, *Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ?*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 12, Décembre 2008.

M. CHAGNY, *Quel droit français et européen de la distribution ? Approche prospective*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

M. CHAGNY, *Rétrospectives 2012 et prospectives : pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 5, Mai 2013.

M. CHAGNY, *Une (r)évolution du droit français de la concurrence ?*, La Semaine Juridique Edition Générale, n° 42, 15 octobre 2008.

G. CHANTEPIE, *Appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 40, Octobre 2011.

T. CHARLES, *Reconnaissance du « déséquilibre significatif », la revanche de Novelli*, Les Échos, 4 février 2011.

S. CLAVEL, *De quelques solutions aux problématiques juridiques posées par l'application du droit de la concurrence dans les réseaux transnationaux de distribution*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

É. CHEVRIER, *Déséquilibre significatif : QPC sur l'article L. 442-6-1*, Recueil Dalloz, p. 2508, 2010.

B. DEFFAINS, *Quelle analyse économique pour le droit de la distribution ?*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

J.-L. FOURGOUX, *Clauses abusives : « les écueils à éviter »*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 8, 2006.

J.-L. FOURGOUX, *Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse*, Gazette du Palais, n° 260, 16 septembre 2008.

J.-L. FOURGOUX, *Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 3, Mars 2011.

J.-L. FOURGOUX, *Droit de la concurrence et contrats de distribution : quelles contraintes ?*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

B. GABORIAU, *Colloque Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

N. GENTY, D. DELESALLE, E. DEBERDT, *LME : L'ultime réforme des relations commerciales ?*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 31, 2008.

J.-C. GRALL, *Affaire Intermarché : un jugement en demi-teinte !*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 35, 2013.

J.-C. GRALL, P. TOURRET, *La disproportion ne paie plus !*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 32, 2012.

J.-C. GRALL, *Présentation des principales dispositions du projet de Loi de modernisation de l'économie : affirmation du principe de libre négociabilité des tarifs*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 16, 2008.

R. HAMMADI, *CEPC : un bilan positif à consolider dans les mois à venir*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 35, 2013.

N. HOMOBOONO, *LME, un an après : le point de vue du directeur de la DGCCRF*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 21, 2009.

N. LAJNEF, *L'actualité du droit de la distribution et des pratiques commerciales en 2011*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 6, juin 2012.

A. LECOURT, *Chronique bi-annuelle de droit de la concurrence décembre 2011 – juin 2012*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 73, 2012.

A. LECOURT, *Le déséquilibre significatif au crible du Conseil constitutionnel*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 58, 2011.

A. LECOURT, *Les pouvoirs du ministre à l'épreuve de la QPC*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 59, 2011.

Lettre de la distribution, *Cas d'école en matière de rupture progressive de relation commerciale et examen des prix sous l'angle du déséquilibre significatif*, Juillet-Août 2013.

Lettre de la distribution, *Comparateur de sanctions : chez Castorama 300 000 euros, chez Auchan 1 million, chez Leclerc 1 million, chez Cora 250 000 euros...*, Décembre 2011.

Lettre de la distribution, *Déséquilibre significatif dans les relations fournisseurs/distributeurs : changement de cap*, Janvier 2012.

Lettre de la distribution, *Déséquilibre significatif dans les relations fournisseurs/distributeurs*, Février 2012.

Lettre de la distribution, *D'une autre approche du déséquilibre significatif au contrôle du bien-fondé des services et de la non-rétroactivité des accords : une nouvelle science de plus, la « L. 442-Sixologie » ?*, Mars 2013.

L. LEVENEUR, *QPC : l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce sur la sellette*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 12, Décembre 2010.

I. LUC, *Droit de la concurrence et distribution : quel(s) rôle(s) pour le juge de droit commun ?*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 83, 2013.

M. MALAURIE-VIGNAL, *Constitutionnalité du déséquilibre significatif (C. com., art. L. 442-6, I, 2°)*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 3, Mars 2011.

M. MALAURIE-VIGNAL, *La Cour de cassation reconnaît la spécificité de l'action du ministre de l'Économie fondée sur l'article L. 442-6, III du Code de commerce*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 10, Octobre 2008.

M. MALAURIE-VIGNAL, *La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 10, Octobre 2008.

M. MALAURIE-VIGNAL, *Le déséquilibre significatif pris dans la tourmente de la question prioritaire de constitutionnalité*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 12, Décembre 2010.

M. MALAURIE-VIGNAL, *Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ?*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 11, Novembre 2008.

M. MALAURIE-VIGNAL, *Question prioritaire de constitutionnalité et article L. 442-6, III du Code de commerce*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 5, Mai 2011.

N. MATHEY, *Déséquilibre significatif et preuve de son existence*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 4, Avril 2013.

N. MATHEY, *Déséquilibre significatif et respect des décisions de justice*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 4, Avril 2012.

N. MATHEY, *Du déséquilibre significatif...*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 11, Novembre 2011.

N. MATHEY, *Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 5, Mai 2013.

N. MATHEY, *Le déséquilibre significatif dans un contrat de distribution*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 2, Février 2012.

N. MATHEY, *Nouvelles décisions sur le déséquilibre significatif*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 3, Mars 2012.

N. MATHEY, *Sanction du déséquilibre significatif*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 5, Mai 2013.

G. NOTTÉ, *Bilan 2011/2012 de la CEPC*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 50, Décembre 2012.

M. PICHON DE BURY, C. MINET, *Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 12, Décembre 2008.

M. PONSARD, C. MINET, *Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n° 5, Mai 2013.

F. RIEM, *Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ?*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 21, 2009.

R. SAINT-ESTEBEN, *L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation*, Revue des contrats, n°3, 1^{er} juillet 2009.

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et « grises »*, La Semaine Juridique Edition Générale, n° 14, 1^{er} avril 2009.

V. SÉLINSKY, *La négociation commerciale un an après la LME*, Revue Lamy de la Concurrence, n° 21, 2009.

C. THÉPOT, *L'articulation des règles relatives à la prohibition des clauses abusives*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 62, 2011.

T. TITONE, F. COULON, *Première définition jurisprudentielle de la notion de déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 70, 2012.

C. VAUTRIN, *La CEPC a besoin d'appréhender les sujets sous un angle économique, davantage en prise avec la sphère réelle*, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 54, 2010.

J. VOGEL, *Négociations tarifaires fournisseurs/grande distribution : comment aborder les négociations 2012 ?*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 11, Mars 2012.

III. Études, rapports et communiqués

CEPC, Rapport annuel d'activité 2008/2009.

CEPC, Rapport annuel d'activité 2010/2011.

Commission européenne, *Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe*, 31 janvier 2013.

DGCCRF, *Grande distribution et croissance économique en France*, Étude n° 11, Décembre 2012.

Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Secrétaire d'État à la consommation, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, Février 2008.

Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, *Christine Lagarde et Luc Chatel installent la brigade de contrôle de la LME*, Communiqué de presse, n° 506, 18 juin 2009.

IV. Normes

A. Normes en vigueur

Code civil, article 1134.

Code civil, article 1382.

Code civil, article 1674.

Code de la consommation, article L. 132-1.

Code de commerce, article L. 420-2.

Code de commerce, article L. 440-1.

Code de commerce, article L. 442-6.

Décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, 18 mars 2009, n° 2009-302.

Décret relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestations de nationalité et de pratiques restrictives de concurrence, 11 novembre 2009, n° 2009-1384.

Directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 5 avril 1993, n° 93/13/CEE.

Loi concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, 1 février 1995, n° 95-96.

Loi de modernisation de l'économie, 4 août 2008, n° 2008-776.

Loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, 3 janvier 2008, n° 2008-3.

Loi relative aux nouvelles régulations économiques, 15 mai 2001, n° 2001-420.

Ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence, 1er décembre 1986, n° 86-1243.

Ordonnance relative aux prix, 30 juin 1945, n° 45-1483.

B. Normes en projet

Avant-projet de réforme du droit des obligations, « *Avant-projet Catala* », 2005.

Projet de loi relatif à la consommation adopté en 1ère lecture par l'Assemblée nationale, 3 juillet 2013 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0176.asp>].

Projet de réforme du droit des contrats, « *Projet de la Chancellerie* », 2009.

V. Jurisprudence

A. Avis et décisions

CEPC, Avis, 22 décembre 2008, DGCCRF n° 08112808.

Conseil constitutionnel, commentaire de la décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011.

Conseil constitutionnel, QPC, 13 janvier 2011, n° 2010-85.

Conseil constitutionnel, QPC, 13 mai 2011, n° 2011-126.

Cour européenne des droits de l'homme, *Galec contre France*, 17 janvier 2012, n° 51255/08.

B. Jurisprudence de première instance

Tribunal de commerce de Bobigny, *Ministre de l'Économie contre Darty*, 13 juillet 2010, n° 2010F00541.

Tribunal de commerce de Créteil, 13 décembre 2011, n° 2009F01018 et n° 2009F01017.

Tribunal de commerce d'Évry, *Groupement Intermarché contre Ministre de l'Économie*, 6 février 2013, n° 2009F00727.

Tribunal de commerce de Lille, *Castorama contre Ministre de l'Économie*, 6 janvier 2010, n° 2009-05184.

Tribunal de commerce de Lille, *Eurauchan contre Ministre de l'Économie*, 7 septembre 2011, n° 2009/05105.

Tribunal de commerce de Meaux, *Provera contre Ministre de l'Économie*, 6 décembre 2011, n° 2009/02295.

Tribunal de commerce de Meaux, *EMC Distribution contre Ministre de l'Économie*, 24 janvier 2012, n° 2009/02296.

Tribunal de commerce de Nanterre, *Galec contre Ministre de l'Économie*, 15 novembre 2005.

Tribunal de commerce de Paris, *Galec contre Ministre de l'Économie*, 22 novembre 2011, n° 2011058173.

Tribunal de commerce de Romans-sur-Isère, 8 décembre 2010, n° 2007J70079.

C. Jurisprudence des juridictions supérieures

Cour d'appel de Douai, *M31 contre Forgital Dembiermont*, 23 mai 2013, n° 12/01628.

Cour d'appel de Lyon, 16 mai 2013, n° 11/07152.

Cour d'appel de Nancy, 14 décembre 2011, n° 10/02664.

Cour d'appel de Nancy, 14 février 2013, n° 12/00378.

Cour d'appel de Paris, *Green Sofa contre Ikea*, 23 mai 2013, n° 12/01166.

Cour d'appel de Paris, *Carrefour contre Ministre de l'Économie*, 2 février 2012, n° 09/22350.

Cour d'appel de Paris, *EMC Distribution contre Ministre de l'Économie*, 4 juillet 2013, n° 12/07651.

Cour d'appel de Rouen, 12 décembre 2012, n° 12/01200.

Cour d'appel de Versailles, 4 juin 2013, n° 12/01171.

Cour d'appel de Versailles, *Dexxon contre Fujifilm*, 27 octobre 2011, n° 10/05259.

Cour d'appel de Versailles, *Galec contre Ministre de l'Économie*, 3 mai 2007, n° 05/09223.

Cour de cassation, assemblée plénière, *Philips contre Autorité de la concurrence*, 7 janvier 2011, n° 09-14.316.

Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 1^{er} février 2005, n° 03-16.935.

Cour de cassation, chambre commerciale, 8 mars 2011, n° 10-40.070.

Cour de cassation, chambre commerciale, 11 septembre 2012, n° 11-17.458.

Cour de cassation, chambre commerciale, *Concurrence contre Sony*, 3 mars 2004, n° 02-14.529.

Cour de cassation, chambre commerciale, *Ministre de l'Économie contre Darty*, 15 octobre 2010, n° 10-40.039.

Cour de cassation, chambre commerciale, *Ministre de l'Économie contre Galec*, 8 juillet 2008, n° 07-16.761.