

# La notion de «déséquilibre significatif» dans les relations commerciales est conforme à la constitution

**Une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 13 janvier valide un dispositif essentiel de la Loi LME du 4 août 2008 en matière de négociation commerciale : la sanction des déséquilibres significatifs entre les droits et obligations des parties à un accord commercial.**



Par Bertrand Jardel, avocat



et Philippe Julien, avocat, PDGB

**L**e Conseil constitutionnel vient de rendre une décision qui était très attendue par l'ensemble des acteurs de la distribution<sup>1</sup>. Il s'agissait ni plus ni moins en effet, pour le Conseil constitutionnel, de se prononcer sur la validité, au regard du principe de la légalité des délits et des peines<sup>2</sup>, de l'une des dispositions les plus essentielles de la loi LME du 4 août 2008<sup>3</sup> concernant la négociation commerciale.

En l'occurrence, la disposition critiquée est le nouvel article L. 442-6-I-2° du Code de commerce, qui interdit «de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties».

Dans le dispositif mis en place en 2008 par la loi LME, cette disposition visait à rassurer les fournisseurs, et notamment l'industrie agroalimentaire, inquiets à l'idée de voir supprimée l'interdiction des discriminations tarifaires, en faveur de la grande distribution.

La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) rappelle d'ailleurs clairement que «la suppression du principe de non-discrimination de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce risquant de favoriser l'émergence de pratiques abusives dans la négociation, la loi prévoit désormais la notion de déséquilibre significatif qui s'inspire du droit de la consommation pour permettre un contrôle efficace des dérives pouvant résulter de cette nouvelle liberté<sup>4</sup>».

Dans l'affaire portée devant le Conseil constitutionnel<sup>5</sup>, la société Darty, requérante, soutenait que l'article L. 442-6-

I-2° n'était pas rédigé en des termes suffisamment clairs et précis, en violation du principe de légalité des délits et des peines, érigé en principe constitutionnel depuis une décision du Conseil constitutionnel rendue en 1981<sup>6</sup>, dès lors que la sanction du «déséquilibre significatif» pouvait prendre la forme d'une condamnation à une amende civile pouvant atteindre 2 millions d'euros, à la demande du ministère public ou du ministre chargé de l'Economie.

Le Conseil constitutionnel a estimé, dans sa décision du 13 janvier, que la notion de déséquilibre significatif n'a rien d'équivoque puisqu'elle figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93-13-CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, et qu'il existe d'ores et déjà une jurisprudence abondante permettant de définir avec précision les contours de la notion.

Le Conseil ajoute que le juge a la faculté de consulter la CEPC, qui joue un rôle d'unification du droit en émettant des avis sur les pratiques en matière de négociation commerciale.

Enfin, le Conseil estime que «la nature pécuniaire de la sanction» – sous-entendu l'absence de peine privative de liberté – et «la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer» justifient la rédaction retenue par le législateur.

Cette décision est fondamentale car elle ne se contente pas de valider la notion de «déséquilibre significatif», essentielle dans le dispositif de la loi LME, mais contribue à en préciser

1. Cons. const. 13 janvier 2001, n° 2010-85 QPC - Etablissements Darty & Fils.

2. Articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

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

4. [http://www.pratiques-commerciales.minefi.gouv.fr/questions/negociation\\_commerciale.htm](http://www.pratiques-commerciales.minefi.gouv.fr/questions/negociation_commerciale.htm)

5. Via le nouveau mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité ou QPC.

6. Décision n° 81-127 DC des 19-20 janvier 1981, Sécurité et liberté.

les contours, en confirmant qu'il conviendra en la matière de raisonner par analogie avec le droit de la consommation, ce qui est en soi assez critiquable (1). Cette décision ne répond évidemment pas à toutes les questions que se posent les praticiens sur l'article L. 442-6-I-1° du Code de commerce, et on essaiera donc d'y voir plus clair avec le concours de la CEPC et de la jurisprudence (2).

### 1. Un rapprochement en trompe l'œil entre droit de la consommation et droit commercial

Incidentement, le Conseil constitutionnel confirme, dans sa décision du 13 janvier, que la notion de déséquilibre significatif dans la négociation entre partenaires commerciaux a vocation à être interprétée conformément à la jurisprudence rendue en matière de clauses abusives, par référence au droit de la consommation.

Le Conseil juge en effet que «pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire».

Le régime de sanction introduit dans le Code de commerce ne serait-il pour autant qu'un simple «copier-coller» du régime des clauses abusives du droit de la consommation ? On peut légitimement en douter car la méthode d'examen du déséquilibre retenue par la loi LME (1.1.), comme le périmètre de la protection que cette loi a accordé (1.2.) diffèrent du droit de la consommation.

#### 1.1. L'examen du contrat entre professionnels porte sur l'économie générale du contrat et pas seulement sur chacune de ses clauses prises isolément

La loi LME du 4 août 2008 n'a pas introduit en droit commercial le système de la publication par décret des clauses présumées abusives, avec l'instauration d'une liste «noire» pour les présomptions irréfragables d'abus et une liste «grise» pour les présomptions simples d'abus<sup>7</sup>.

Cela confirme que, dans l'esprit du législateur de 2008, le contrat conclu entre des partenaires commerciaux ne doit pas être examiné uniquement «clause à clause» mais dans son économie globale<sup>8</sup>, car ce contrat induit, au moins en théorie, une négociation, là où le contrat conclu par le consommateur est, a priori, un contrat d'adhésion.

On sait que dans la pratique, certains fournisseurs ou distributeurs signent des contrats pré-rédigés – c'est-à-dire des contrats d'adhésion – mais la CEPC a d'ores et déjà estimé que «le fait pour les parties à la négociation d'obtenir des contrats pré-rédigés avec l'ensemble ou un nombre important de ses cocontractants pourrait révéler l'existence d'un déséquilibre dans leurs relations commerciales<sup>9</sup>».

Par conséquent, la négociation constitue l'essence même des contrats conclus entre professionnels, et il est donc nécessaire d'adopter en la matière une approche globale, prenant en compte l'économie générale du contrat, notamment en matière tarifaire, où il est fréquent qu'un déséquilibre apparent au profit de l'une des parties (par exemple des délais de paiement très courts) se trouve contrebalancé par un déséquilibre au profit de l'autre (par exemple un taux d'escompte élevé).

On peut donc espérer que le juge ne procédera pas, contrairement à ce que laisse penser la décision du Conseil constitutionnel, comme en matière de clauses abusives.

Sur ce point, il faut reconnaître que la CEPC adopte pour l'essentiel dans ses réponses un raisonnement «clause à clause», qui consiste à écarter, petit à petit, à la manière de la commission des clauses abusives en droit de la consommation, les clauses créant un déséquilibre entre les droits et obligations des parties.

Mais cette approche n'est pas exclusive d'une approche globale car c'est en réalité par la force des choses que la CEPC procède de la sorte, en raison de la nature des questions qui lui sont posées, qui visent la plupart du temps une clause et une seule.

Le texte de l'article L. 442-6-III rappelle d'ailleurs que la saisine par les tribunaux de la CEPC concerne non pas telle ou telle clause, mais telle ou telle «pratique», ce qui démontre, là encore, que le législateur privilégie entre professionnels une approche par l'économie générale du contrat.

#### 1.2. Le périmètre de la protection accordée est différent

En droit de la consommation, il suffit d'être un consommateur ou un non-professionnel pour bénéficier de la protection du régime des clauses abusives.

Dans le régime mis en place à l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce, la partie qui s'estime lésée devra démontrer d'abord qu'elle est un «partenaire commercial» et non un simple cocontractant, même si cette notion s'entend plutôt largement en jurisprudence<sup>10</sup>.

Ensuite, la sanction attachée au déséquilibre n'est pas la même en droit de la consommation, ou la clause abusive sera simplement réputée non écrite, et en droit commercial, où il s'agit pour l'essentiel de sanctionner une pratique

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

8. Voir sur ce point notamment M. Behar-Touchais, *Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ?* RDC juillet 2009 p. 1258.

9. Avis de la CEPC n° 09020501 du 5 mars 2009.

10. Sur ce point, on peut d'ailleurs s'interroger avec d'autres sur la pertinence de l'article L. 442-6 du Code de commerce qui vise à réglementer les rapports entre «partenaires commerciaux» quels

qu'ils soient, alors même qu'à l'occasion de chacune des réformes entreprises dans le domaine de la négociation commerciale – et elles sont nombreuses – on constate que le législateur est focalisé uniquement sur les rapports entre la grande distribution et ses fournisseurs, ce qui aboutit à créer des dispositions détournées de leur vocation première, comme l'a été l'article L. 442-6-I-5° sur la rupture des relations commerciales établies, initialement destiné à encadrer les déréférences abusifs.

abusives par l'allocation de dommages-intérêts, avec un pouvoir de sanction renforcé pour le ministre de l'Économie et le ministère public (cessation des pratiques, nullité et amende civile).

Par ailleurs, dans le mécanisme du Code de commerce, la partie lésée devra démontrer que l'autre partie l'a soumise ou a tenté de la soumettre à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. En d'autres termes, qu'il existe encore une incertitude sur ce point, on peut considérer qu'il faudra toujours, comme par le passé, établir l'existence d'un rapport de soumission, c'est-à-dire en pratique soit un abus de puissance d'achat ou de vente, soit une relation de dépendance économique. Cela dit, le juge pourra sans doute se contenter désormais d'un faisceau d'indices ou de présomptions, là où auparavant la partie lésée devait, comme condition préalable à toute demande de condamnation, rapporter la preuve positive d'un abus de puissance ou d'une relation de dépendance<sup>11</sup>.

Le juge devra donc vérifier que l'une des parties était en mesure de «soumettre» l'autre à une obligation, indépendamment de sa position dans le rapport contractuel. Il s'agit là à l'évidence d'un point de divergence fondamental avec le droit de la consommation, où la partie faible est clairement identifiée et où il n'est donc pas nécessaire de vérifier qu'il existe un rapport de domination ou de dépendance. Entre professionnels en effet, il est nécessaire d'identifier la partie faible, qui est tantôt le fournisseur, tantôt le distributeur.

L'agent commercial personne physique, distributeur d'une grande marque étrangère s'implantant en France est clairement en situation de faiblesse et négociera peut-être difficilement les conditions de son contrat, avec le risque notamment de la soumission à la loi étrangère.

Au contraire, la centrale d'achat d'une enseigne de la distribution n'éprouvera pas de grande difficulté à faire adopter par ses fournisseurs des conditions tarifaires avantageuses pour l'ensemble de son réseau, et c'est du reste l'une des raisons d'être d'une centrale que de peser dans la négociation.

C'est donc bien à une analyse in concreto que devront procéder les juges dans les litiges relatifs aux déséquilibres significatifs dans les contrats entre professionnels.

Dès lors, en présence de partenaires de même poids économique, ou lorsque le déséquilibre aura été créé en faveur de la partie économiquement la plus faible<sup>12</sup>, on peut penser que le juge ne sera pas a priori autorisé à rétablir l'équilibre contractuel en sanctionnant le bénéficiaire de la pratique ou de la clause litigieuse. Il faut du moins l'espérer si l'on souhaite maintenir un semblant de sécurité juridique aux contrats conclus entre professionnels, et la Cour de cassation jouera sans doute un rôle très important à cet égard.

Pour l'heure, la jurisprudence est trop rare pour permettre de cerner avec précision les limites du nouvel article L.442-6-I-2° du Code de commerce, et en dépit du travail d'analyse mené par la CEPC, la notion de «déséquilibre significatif» dans les contrats entre professionnels reste un peu floue.

## 2. Un instrument aux contours encore flous

À l'heure où l'on écrit ces lignes, il n'existe pas encore de jurisprudence abondante rendue au visa de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce, et il est donc difficile de dissiper tout à fait le brouillard qui entoure la notion de déséquilibre significatif dans les accords commerciaux.

On examinera avec d'autant plus d'intérêt la décision rendue par le tribunal de commerce de Lille le 6 janvier 2010 (A) puis les réponses apportées depuis plus de deux ans par la CEPC aux questions soumises par les professionnels (B).

### 2.1. Les réponses apportées en jurisprudence : le jugement du tribunal de commerce de Lille du 6 janvier 2010

Le tribunal de commerce de Lille a rendu le 6 janvier 2010 un jugement à l'encontre de Castorama qui n'est pas passé inaperçu puisqu'il s'agissait du premier jugement rendu au visa de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce<sup>13</sup>.

Il faut retenir de cette décision que doivent être sanctionnées les pratiques qui aboutissent à faire financer son besoin en fonds de roulement par ses partenaires commerciaux en situation de dépendance, sans contrepartie.

Ainsi, le tribunal de Lille relève que les pratiques d'acomptes mensuels mises en place par Castorama avec ses fournisseurs se traduisaient inévitablement par une dégradation du fonds de roulement de ces deniers alors que «des délais de paiement pratiqués par le distributeur pour payer ses fournisseurs et ceux exigés par les règlements des acomptes par les fournisseurs révélaient un différentiel de deux à trois mois défavorables au fournisseur».

Ces acomptes étaient d'autant plus critiquables qu'il n'existait aucune «clause de modification en cours de contrat au cas où le volume d'affaires avec le fournisseur viendrait à baisser de manière significative».

Le tribunal de commerce de Lille sanctionne également Castorama en raison des pénalités de retard excessives fixées au contrat (1 % par jour de retard dans la limite de 10 % de la somme due), et de la faculté pour le distributeur de compenser ces pénalités avec les règlements dus aux fournisseurs, alors même que ces derniers n'avaient pas la faculté de procéder par compensation entre acomptes et factures.

Castorama a été condamnée à une amende civile limitée à 300 000 euros – le ministère public réclamait la sanction

11. L'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce interdisait en effet à un professionnel «d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées (...)».

12. Une telle situation n'est pas purement théorique, notamment si l'on raisonne en termes de négociation non tarifaire, un opérateur

puissant tout à fait omettre de négocier, dans les CGV d'un partenaire économiquement plus faible, une clause (par exemple une clause limitative de responsabilité ou une clause de force majeure) créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

13. Tribunal de commerce de Lille, jugement du 6 janvier 2010, affaire n°2009-05184, ministère de l'Économie c/ Castorama.

maximale de 2 000 000 euros – les juges estimant que la loi LME en était encore à sa phase d'amorçage. Cette décision est importante car elle permet de constater que les juges raisonnent bien en considération du contrat dans son ensemble, et non en limitant leur examen au périmètre de chacune des clauses du contrat.

Par ailleurs, le tribunal de commerce de Lille se fonde, dans son jugement, sur un avis rendu par la CEPC<sup>14</sup>, ce qui démontre que les avis de la Commission sont pris très au sérieux par les magistrats et qu'ils favorisent l'harmonisation des bonnes pratiques en matière de négociation commerciale.

Par ailleurs, on observe assez logiquement que le déséquilibre constaté est un déséquilibre financier, et qu'il s'agit ici de sanctionner le résultat de la négociation tarifaire dans son ensemble.

On peut imaginer néanmoins que d'autres types de déséquilibres, non tarifaires, fassent l'objet à l'avenir de jugements de condamnation au visa de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce, notamment les déséquilibres issus des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité.

## 2.2. Les réponses apportées par la CEPC

Si la jurisprudence est plutôt rare pour le moment en matière de sanction des déséquilibres dans les contrats entre professionnels, force est de constater que la CEPC a produit un très important travail d'analyse sur ce thème depuis l'entrée en vigueur de la loi LME.

Parmi les avis les plus intéressants, on relèvera notamment que les clauses des conditions générales d'achat qui visent à écarter par principe les conditions générales de vente du fournisseur sont désormais à proscrire car la CEPC estime qu'elles sont directement contraires à la loi LME. La commission rappelle ainsi que «les CGV constituent le socle de la négociation et font l'objet d'une négociation entre les parties», ce qui n'interdit pas «d'un commun accord» d'écarter pour partie les conditions du fournisseur<sup>15</sup>.

De même, le fait d'obtenir une réduction de prix au seul motif que ses produits sont référencés chez un concurrent est une pratique qui crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties<sup>16</sup>.

Au titre des «bonnes pratiques», la CEPC estime qu'une réduction importante des délais de paiement à 15 jours devrait s'accompagner d'un escompte pour paiement rapide<sup>17</sup>.

La CEPC joue par conséquent un rôle important en faisant œuvre de pédagogie, à la manière de la Commission des clauses abusives. Cela dit, force est de constater qu'elle a parfois bien du mal à donner un avis pertinent sur les clauses ou pratiques qui lui sont présentées.

Ainsi, dans son avis du 20 mai 2009 (n° 09041502), la CEPC était interrogée sur le fait de savoir si un client

pouvait légalement exiger une mensualisation du règlement des coopérations commerciales, aboutissant à régler plusieurs mois à l'avance certaines opérations.

La Commission répond en ces termes : «Non si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et devoirs des parties», ce qui n'est pas très satisfaisant, et revient à dire que la pratique présentée n'est illégale que si elle contraire à la loi !

Il ressort de l'analyse qui précède que, comme le note l'ANIA dans son guide des relations commerciales<sup>18</sup>, le potentiel d'application de l'article L. 442-6-I-2° est «considérable» et que les «nombreuses questions et incertitudes (...) génèrent une forte insécurité juridique pour les entreprises», en dépit du travail réalisé par la CEPC, la DGCCRF ou la doctrine pour tenter d'y voir plus clair.

En réalité, l'enjeu derrière l'article L. 442-6-I-2° est double. En premier lieu, le texte risque, à mesure qu'il recevra une interprétation extensive par la jurisprudence, de remettre en cause, petit à petit, le principe de la liberté de la négociation tarifaire proclamé en 2008, et qui s'était traduit par la suppression de l'interdiction des discriminations.

Ensuite et surtout, le texte pourrait connaître une extension de son champ d'application naturel pour devenir un instrument de régulation au service de l'équilibre contractuel, alors qu'il n'est à l'origine qu'un «garde-fou» à la liberté de négociation dans les rapports entre la grande distribution et ses fournisseurs.

Il est assez évident que le Conseil constitutionnel n'a pas été sensible à cet enjeu puisqu'il paraît limiter le périmètre du texte critiqué aux «contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur» alors que le texte vise en réalité «tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers» dans ses rapports avec ses «partenaires commerciaux».

Sur ce point, une partie de la doctrine voit dans le nouvel article L. 442-6-I-2° une boîte de Pandore qui permettrait au juge de remettre en cause l'intégralité des contrats passés entre professionnels, dès lors qu'il constaterait l'existence d'un déséquilibre, ce qui reviendrait à créer un véritable droit des clauses abusives entre professionnels, applicable à tout contrat quels qu'en soient les signataires.

C'est l'inquiétude par exemple du professeur Muriel Chagny qui estime que «la nouvelle règle, abandonnant tout filtre, ouvre la voie à un contrôle sans limite de contrats entre professionnels<sup>19</sup>».

En l'état actuel du droit positif, on n'assiste pas encore à une telle dérive mais il faut attendre de voir comment les tribunaux s'empareront du pouvoir conféré aux juges par l'article L. 442-6-I-2°, lorsqu'ils auront à intervenir en dehors du périmètre des rapports entre fournisseurs et distributeurs stricto sensu. ■

14. En l'occurrence l'avis de la CEPC n° 09102805 du 28 octobre 2009.

15. Avis de la CEPC n° 08121921 du 22 décembre 2008.

16. Avis de la CEPC n° 08121921 du 22 décembre 2008.

17. Avis de la CEPC n° 09052003 du 02 juillet 2009.

18. Guide des relations commerciales de l'Association nationale des industries alimentaires, tome 3 – septembre 2010.

19. M. Chagny, Une révolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008 : JCP G 2008, I, 196.