

# À la une

Département : Affaires, Contentieux & Arbitrage

## Le thème du mois : L'équilibre contractuel

L'**équilibre contractuel** tend à devenir progressivement, au fil des évolutions législatives et jurisprudentielles les plus récentes, le maître mot du droit des contrats conclus entre professionnels. L'actualité est riche d'enseignements en la matière puisque l'on assiste tout à la fois aux prémices de l'introduction en droit privé de la théorie de la révision du contrat pour **imprévision** et à une fronde visant à anéantir la notion de **déséquilibre significatif** dans la négociation commerciale.

### ■ Prélude à l'imprévision

Un arrêt d'espèce rendu le 29 juin 2010 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>1</sup> est présenté par certains auteurs comme annonciateur de l'introduction prochaine en droit privé de la théorie de l'imprévision.

Le litige en l'espèce portait sur une demande d'exécution forcée en référé d'un contrat de maintenance industrielle. La Cour de cassation juge que la Cour d'appel de Paris, qui avait condamné la société de maintenance à exécuter le contrat litigieux, aurait dû rechercher si « *l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières (...) n'avait pas eu pour effet de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de la signature (...) et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société (...), ce qui était de nature à rendre l'obligation sérieusement contestable (...)* »

Rappelons que la Cour de cassation rejette depuis 1876<sup>2</sup>, sans discontinuité, l'idée selon laquelle un contrat de droit privé doit pouvoir être révisé par le juge lorsque les circonstances nouvelles, non connues à l'époque de la formation du contrat, provoquent un bouleversement de son économie générale et en rendent l'exécution préjudiciable pour l'une des parties.

Il est encore trop tôt pour juger de la portée exacte de la décision de juin 2010, non publiée au Bulletin de la Cour de cassation et rendue en matière de référés. Pour l'heure, nous y voyons un discret mais efficace appel du pied de la Cour de cassation aux services du Ministère de la Justice en charge de préparer le projet de Loi relatif à la réforme du droit des obligations, projet qui comporte, dans son dernier état, une introduction dans le Code civil de la théorie de l'imprévision<sup>3</sup>.

On observera à ce titre que ce projet de réforme va bien au-delà de la vision plutôt restrictive de la Cour de cassation dans son arrêt de juin 2010, puisqu'il prévoit la possibilité pour les parties de confier aux juges le soin de rééquilibrer le contrat dès lors que l'exécution de son obligation par une partie sera « *excessivement onéreuse* ».

Quoi qu'il en soit, que cet arrêt introduise ou non la théorie de la révision pour imprévision en droit privé, gageons qu'il ne conduira

pas à remettre en cause la faculté laissée aux parties pour adapter les modalités de leur relation contractuelle en fonction des événements qui surviendront au fur et à mesure de son exécution, aux travers de clauses de révision automatique du contrat (I) ou de renégociation (II).

### I. Les clauses de révision automatique

Les clauses de révision automatique sont utilisées, depuis longtemps, par les partenaires commerciaux, comme des instruments d'ajustement du contrat face aux évolutions du marché, principalement en matière tarifaire. Ces clauses peuvent prendre des formes diverses selon les attentes des parties mais ont toutes en commun de moduler dans le temps l'exécution du contrat en fonction de conditions plus favorables qui pourraient apparaître postérieurement à sa conclusion pour l'une des parties.

La révision automatique peut tout d'abord prendre la forme d'une **clause d'offre concurrente** (ou « clause anglaise ») aux termes de laquelle, si un cocontractant obtient des propositions plus favorables d'un concurrent, il lui sera possible de demander à son partenaire commercial initial, soit de résilier le contrat conclu avec lui, soit d'en aligner les modalités sur celles de cette offre concurrente.

Il est aussi possible de prévoir une **clause du client le plus favorisé** par laquelle, si un cocontractant consent des conditions plus favorables à un tiers, dans le cadre de relations commerciales de même nature, son cocontractant pourra bénéficier automatiquement des conditions plus favorables accordées à ce tiers.

Notons que les deux clauses précitées trouvent à s'appliquer sous réserve de leur conformité aux règles nationales et européennes en matière de droit de la concurrence et particulièrement au regard de la réglementation des ententes.

Enfin, et plus simplement, une **clause d'indexation**, alignée sur des indices objectifs, peut être intégrée à un contrat à exécution successive afin d'ajuster l'économie de celui-ci à la réalité du marché, au fur et à mesure de son exécution.

Mais plus encore que le simple réajustement du contrat, il est permis, par d'autres clauses, de rééquilibrer l'économie même du contrat lorsque des circonstances imprévues au moment de la conclusion du contrat sont venues bouleverser les conditions de ce contrat et ont rendu son exécution beaucoup trop onéreuse pour l'une des parties.

<sup>1</sup> Cass. Com., 29 juin 2010, pourvoi n°09-67369

<sup>2</sup> Cass. Civ., 6 mars 1876.

<sup>3</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations, Projet de la Chancellerie.

## II. Les clauses de renégociation

Les clauses de renégociation en cas de bouleversement de l'économie du contrat prennent principalement la forme de la **clause de sauvegarde (ou « hardship »)**. Cette dernière engage les partenaires commerciaux à se rencontrer et à renégocier les termes du contrat dès lors que son exécution est devenue anormalement onéreuse pour l'une des parties en raison de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat.

La rédaction de cette clause revêt une grande importance en raison du fait que sa mise en œuvre interviendra à une époque où la relation commerciale entre les parties se trouvera dans une phase critique où chacune des parties cherchera à défendre ses intérêts par tous moyens. Le rédacteur de la clause commencera par rappeler les obligations mises à la charge des partenaires dans le cadre de la négociation qui s'annonce. En effet, la clause de « hardship » fait naître deux obligations successives pour les parties : une obligation de résultat imposant aux parties de se rencontrer et de renégocier les termes du contrat et une obligation de moyen en vertu de laquelle les parties doivent essayer de parvenir, de bonne foi, et avec loyauté, à un accord tendant à rééquilibrer l'économie du contrat.

Le rédacteur doit ensuite s'attacher à prévoir les conditions mêmes de cette renégociation. Il faut prévoir en effet ce qu'il advient du contrat entre l'identification du déséquilibre par l'une des parties et la renégociation effective du contrat. En l'absence de clause expresse, le contrat, même déséquilibré devra être exécuté. Par conséquent, il est nécessaire de prévoir une **clause de suspension** aux termes de laquelle l'exécution du contrat sera suspendue à compter de la notification par la partie lésée de l'existence d'un déséquilibre excessif et ce jusqu'à l'issue de la renégociation.

Enfin, il est nécessaire d'anticiper toutes les conséquences possibles de l'échec de la renégociation. Par principe, et à défaut d'accord entre les partenaires commerciaux, le contrat devra continuer à être exécuté conformément aux dispositions initiales mêmes déséquilibrées. Pour y remédier, il est donc nécessaire d'introduire dans le contrat une **clause de résiliation** prévoyant qu'en l'absence d'accord des parties, le contrat cessera de produire ses effets.

### **Requiem pour le « déséquilibre significatif » ?**

La loi « LME » du 4 août 2008<sup>4</sup> a introduit la notion de déséquilibre significatif dans les relations commerciales entre professionnels (I). Cependant, l'ampleur potentielle de son champ d'application et le large pouvoir d'appréciation qu'il est susceptible d'octroyer au juge font aujourd'hui douter de sa constitutionnalité (II).

#### **I. Un outil de contrôle des relations commerciales**

En abrogeant l'interdiction des discriminations tarifaires, la LME a répondu aux vœux, notamment, de la grande distribution qui souhaitait voir consacrer la libre négociabilité des conditions commerciales entre professionnels dans l'optique de favoriser les consommateurs via une baisse des prix.

Cependant, ne pouvant laisser cette libre négociabilité sans garde-fou, la LME a parallèlement réécrit l'article L.442-6 I 2° du Code de commerce pour y introduire la notion de déséquilibre significatif. Plus précisément, cet article dispose qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait [...] de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

En substituant la notion de déséquilibre significatif à celles d'abus de relation de dépendance et d'abus de puissance d'achat ou de vente, le législateur a pris acte de l'ineffectivité de l'ancien article L.442-6 I 2° qui n'était en pratique jamais mis en œuvre.

La notion de déséquilibre significatif existant dans les rapports entre professionnels et consommateurs (article L.132-1 du Code de la consommation), s'est posée la question de savoir si le législateur n'avait pas tout simplement souhaité appliquer les dispositions relatives aux clauses abusives aux relations entre professionnels. L'appréciation étant alors opérée clause par clause et non pas par référence à l'économie générale du contrat (ce que laissait pourtant augurer l'emploi des termes « *droits et obligations des parties* »).

Le remède n'est-il pas finalement pire que le mal pour la grande distribution qui recherchait initialement plus de liberté ? La disposition substituée étant rédigée en des termes très généraux, son champ d'application étant très large, le juge risque de s'immiscer bien plus qu'auparavant dans les relations commerciales établies entre professionnels.

#### **II. Un outil hors de contrôle ?**

A ce jour, il semble que le Tribunal de commerce de Lille soit le seul à avoir rendu une décision notable en la matière, dans un jugement du 6 janvier 2010<sup>5</sup>. Dans cette affaire, portée devant les tribunaux à l'initiative du Ministre de l'Economie, une enseigne de bricolage a été condamnée pour trois pratiques abusives.

Comme on pouvait s'y attendre, la généralité de la rédaction de l'article L.442-6 I 2° a permis de l'utiliser pour condamner une stratégie de contournement de la législation sur les délais de paiement en relevant la présence de clauses octroyant au distributeur un avantage dénué de réciprocité et contrepartie pour son partenaire commercial.

Plus grave pour le distributeur, le Tribunal de commerce a sans équivoque stigmatisé le pouvoir unilatéral du distributeur dans le cadre de la négociation du contrat, qui s'apparentait dès lors à un contrat d'adhésion. Or, une telle convention n'est *a priori* pas illégale et il semble que le Tribunal de commerce de Lille ait introduit l'idée suivant laquelle les parties seraient contraintes de négocier, alors que la Loi n'y oblige pas.

Il est certain en tout cas que le risque pour les partenaires commerciaux de voir le juge intervenir arbitrairement dans les négociations commerciales à l'avenir n'est pas négligeable. Cela est d'autant plus préoccupant que les sanctions sont loin d'être symboliques (art. L.442-6 III Code de commerce).

C'est sans doute ce qui a conduit plusieurs distributeurs à saisir le Conseil constitutionnel d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) relative à l'article L.442-6 I 2°, dans le cadre d'un contentieux initié récemment par le Ministre de l'Economie.

La Cour de cassation, estimant la question suffisamment sérieuse, a saisi le Conseil constitutionnel le 15 octobre dernier: « *l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, plus précisément au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?* ».

La postérité de la notion de déséquilibre significatif est désormais suspendue à la décision du Conseil constitutionnel qui doit intervenir dans les trois mois de sa saisine. Si le Conseil venait à déclarer cette disposition anticonstitutionnelle, nous assisterions alors à un déséquilibre du dispositif mis en place par la loi LME dans son entier et à la nécessité d'une nouvelle réforme.

#### **P.D.G.B Société d'Avocats**

174, avenue Victor Hugo

75116 Paris

Tél. : 00 (33) 01.44.05.21.21

[www.pdgb.com](http://www.pdgb.com)

**G. BACHASSON – X. HUGON – F. DEREUX**  
T. BEDOISEAU - J. CAMBIANICA - D. FOURNET  
B. JARDEL - P. JULIEN - T. KLIBANER  
E. MARCILHAC

<sup>4</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

<sup>5</sup> Jugement du Tribunal de Commerce de Lille, Audience du 6 janvier 2010, n° 2009-05184.