



Le déséquilibre significatif : entre droit des pratiques restrictives et droit commun des contrats¹

Séminaire du 10 décembre 2015

Par Eva MOUIAL BASSILANA,
Professeur de droit privé à
l'université de Nice- Sophia-Antipolis
eva.mouial@unice.fr

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (LME) a supprimé l'**abus de dépendance économique** en tant que **pratique restrictive de concurrence** (C. com. [art. L. 442-6-I-2°, b](#)).

Cette disposition était inefficace. Le rapport *Hagelsteen* ([La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente](#)) publié avant la loi de 2008 avait montré que seulement deux décisions avaient été rendues en la matière et retenu la pratique restrictive d'abus de dépendance économique.

Le législateur a donc remplacé ce texte par un nouvel alinéa 2° en intégrant la notion de "**déséquilibre significatif**" dans le contrat au lieu et place de celle d'abus de dépendance économique.

[L'article L. 442-6-I-2°](#) du Code de commerce prévoit ainsi :

« 1.- 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 ».*

Le texte n'est pas sans rappeler [l'article L. 132-1](#) du Code de la consommation selon lequel :

*« 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 ».*

¹ Le présent article est la retranscription d'une conférence prononcée le 10 décembre 2015, à la CCI de Paris. L'absence de références détaillées est volontaire. Pour plus de détails sur la question, v. E. Mouial Bassilana, Le déséquilibre significatif, J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 730.

La notion de déséquilibre significatif, centrale dans le droit des clauses abusives, protecteur des consommateurs, est en outre en passe de faire son entrée dans le **Code civil**.

En effet, répondant ainsi à l'une des demandes de la loi d'habilitation du 16 février 2015 par laquelle le Parlement a donné l'autorisation au gouvernement de légiférer par voie d'ordonnance à fin de réformer le droit des contrats, un article 1169 du projet prévoit :

*« Une clause 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 ».*

La notion de déséquilibre significatif était déjà abordée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription de 2005 dit [Rapport Catala](#).

Un article 1122-2 prévoyait en effet :

*« Cependant, 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**. ».*

Le projet « concurrent » du groupe de travail présidée par le professeur François Terré allait dans le même sens sur ce point dans son article 67 :

*« La clause **non négociée** qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande ».*

Il peut être remarqué que l'exigence d'absence de négociation a disparu dans le projet de 2015, ce qui a créé la polémique et cristallisé l'attention des commentateurs. L'article 1169 paraît en effet bien trop large et donne un pouvoir au juge quasi illimité dans le contrôle du contenu contractuel.

Les représentants de la Chancellerie ont affirmé que le texte ne passerait pas en l'état, laissant entendre une suppression ou, plus sûrement une réécriture.

Le fait que la clause n'ait pas été négociée semble devoir être intégré afin de rendre le dispositif plus cohérent et moins attentatoire à la liberté contractuelle.

Cela serait en outre conforme aux textes de dimension internationale, tels que les principes de droit européen des contrats (PDEC) ou encore les principes Unidroit.

Pour rappel, l'article 4:110 des PDEC (sur les clauses abusives qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle) prévoit que :

*« (1) Une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elle crée à son détriment un **déséquilibre significatif** entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion.*

(2) Le présent article ne s'applique pas

(a) à une clause qui définit l'objet principal du contrat, pour autant que la clause est rédigée de façon claire et compréhensible,

(b) ni à l'adéquation entre la valeur respective des prestations à fournir par les parties. »

Quant aux principes Unidroit, s'ils ne contiennent pas de règle générale permettant au juge d'écarter les clauses abusives, ils prévoient en leur article 3.2.7 (Avantage excessif) que :

« 1) La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un **avantage excessif** à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération :

a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première; et

b) la nature et le but du contrat.

2) Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale.

3) Le tribunal peut également adapter le contrat ou la clause à la demande de la partie ayant reçu une notification d'annulation pourvu que l'expéditeur de la notification en soit informé sans tarder et qu'il n'ait pas agi raisonnablement en conséquence. Le paragraphe 2 de l'article 3.2.10 est alors applicable. »

Ce contrôle judiciaire du contrat qui anime actuellement le débat parmi les spécialistes du droit des contrats et du droit des affaires de manière générale est pourtant déjà bien connu de nos voisins allemands. En effet, depuis une loi du 9 décembre 1976 relative aux conditions générales d'affaires, le juge allemand peut supprimer une clause abusive dans un contrat conclu avec des particuliers ou entre commerçants. Les particuliers peuvent se prévaloir de deux listes (noire et grise) à l'instar de ce que le droit français connaît en droit de la consommation, ce qui facilite le travail du juge ; mais pas les commerçants ².

Les ambitions du législateur à travers la LME de 2008 étaient de contrebalancer la grande liberté accordée par la loi de 2008 aux parties pour négocier les termes et clauses contractuels. Il s'agissait de protéger les victimes contre les abus de cette liberté de négociation, notamment les fournisseurs des grandes enseignes de la distribution, pour lesquels les dispositions qui visaient à contrer l'abus de dépendance économique n'étaient pas efficaces.

Ainsi, le législateur voulait assurer une certaine "moralité" dans les transactions commerciales, au grand dam de nombreuses voix s'élevant contre cette "police" des contrats d'affaires.

Les critiques ne manquent pas parmi les différents auteurs s'étant exprimés sur la question. L'interventionnisme étatique dans les négociations et les contrats commerciaux privés a été pointé du doigt, de même que l'insécurité juridique qui en découlerait, vu les risques de remise en question du contenu contractuel par le juge.

Le risque de développement du contentieux a également été souligné, ainsi que l'atteinte à la liberté contractuelle évidente qui en résulte.

En outre, certains ont pu remarquer que le texte permettait une protection de la partie faible au contrat alors que le droit des contrats d'affaires n'est pas censé jouer ce rôle.

Actuellement, de nombreuses actions sont intentées sur le fondement de [l'article L. 442-6-I-2°](#) du Code de commerce, c'est-à-dire le « déséquilibre significatif ». À l'observation, il semble que le texte devienne la « bonne à tout faire » en matière d'équilibre du contrat.

2 V. sur la question, Fabienne Kutscher-Puis, Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux, Contrats, conc., conso. juin 2015, étude 7.

Toutefois, pour l'instant, rares sont les décisions qui ont retenu le déséquilibre significatif. Celles qui l'ont fait ont été rendues dans le secteur de la grande distribution. Des sanctions médiatisées de grandes enseignes connues en France (*Darty, Castorama, Eurauchan, Galec, Carrefour*) ont été prononcées.

I. La notion de déséquilibre significatif

La notion de déséquilibre significatif initialement réservée au droit de la consommation devient centrale en droit des contrats d'affaires. Il n'existe pour autant aucune définition dans les textes (A). La question est alors de savoir comment délimiter les contours de cette notion qui ouvre la voie au contrôle judiciaire. Des parallèles intéressants nous semblent pouvoir être faits avec d'autres notions clés du droit commun des contrats (B).

A. L'absence de définition dans le texte

Il n'y a pas de définition dans le texte de [l'article L. 442-6](#) du Code de commerce. Il faut donc se référer à la jurisprudence pour tenter de cerner cette notion de déséquilibre significatif en matière commerciale, réservée qu'elle était jusqu'ici à la matière consumériste.

Pour certains juges du fond, (*T. com. Lille, 6 janv. 2010, n°2009/05184, Castorama*) :

des « **pratiques non réciproques, sans contrepartie et nettement défavorables au fournisseur, contribuent au déséquilibre significatif et ne respectent pas l'esprit de la loi de modernisation de l'économie** introduit à l'article L 442-6-I-2° du Code de commerce »

Pour d'autres, ([CA Paris 11 sept. 2013, n° 11/17941, Eurauchan](#)).

« le déséquilibre devient significatif par la présence, dans le contrat unique, **d'obligations injustifiées à la charge du fournisseur néfastes pour l'économie** (et pour le consommateur) que l'action engagée par le Ministre sur les dispositions de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce essaie de corriger ; qu'il importe peu que ces obligations soient ou non exécutées, puisque la loi vise l'obtention ou la « tentative d'obtention » d'un avantage quelconque et qu'il importe peu aussi que les effets concrets du déséquilibre ne soient pas mesurés ; que (...) la société Eurauchan allègue mais ne le justifie pas que, par la négociation, d'autres clauses du contrat viennent compenser le déséquilibre significatif ainsi causé »

B. Les concepts du droit commun des contrats s'y rapportant

Inconnue pour l'heure du droit commun des contrats qui ne fait pas de l'équilibre une condition de validité³, la notion de déséquilibre significatif n'est toutefois pas sans évoquer certaines notions fondamentales de la théorie générale du contrat.

1. Bien sûr, **la lésion** vient à l'esprit. Certains auteurs ont d'ailleurs pu évoquer l'idée que la lésion serait, grâce à [l'article L. 442-6-I-2°](#) du Code de commerce, sanctionnée dans les contrats d'affaires. Le juge peut en effet vérifier que les prestations ne soit pas disproportionnées, que l'une des parties ne s'octroie pas un avantage qui créerait un déséquilibre inadmissible.

Le déséquilibre significatif, pratique restrictive, doit-il être considéré comme une nouvelle exception à l'indifférence de principe de la lésion ?

³ [L'article 1118](#) du Code civil a posé l'indifférence de la lésion en 1804 sauf cas exceptionnels. L'article 1170 du projet de réforme de 2015 reprend exactement le même principe.

En ce cas, le seuil d'intervention du juge mériterait d'être davantage encadré diront certains. Les 7/12e du prix de vente, prévus par [l'article 1674](#) du Code civil dans le cadre de la vente d'immeuble permette de sécuriser ce type de contrats dans la mesure où le juge ne remettra pas en cause les simples « bonnes affaires » et ne se fera pas juge du prix sauf dans les cas les plus graves d'un écart entre le prix de vente et la valeur réelle du bien de plus de la moitié.

Toutefois, le fait de laisser le champ libre à l'appréciation du juge permet à celui-ci de procéder à une analyse globale de la situation et, notamment, de faire de l'absence de négociation ou de la situation de dépendance économique de la victime des éléments déclencheurs de son intervention et de son contrôle du contenu contractuel.

2. **La cause**, que le projet de réforme de 2015 a choisi de faire disparaître du Code civil, nous semble pouvoir trouver un successeur notamment dans la notion de déséquilibre significatif. En effet, pendant longtemps, la jurisprudence a utilisé la cause comme instrument de justice contractuelle, permettant de rééquilibrer les contrats d'affaires. Ainsi, dans le domaine de la distribution, certaines décisions sont restées dans les mémoires, comme consacrant un véritable contrôle judiciaire de la proportionnalité des prestations⁴ à travers la cause de [l'article 1131](#) du Code civil, retenant une « absence de cause » là où il serait plus juste d'évoquer une insuffisance de la cause.

L'outil n'était cependant pas bien accepté soit qu'il soit vu comme offrant trop de latitude aux juges, soit que l'on déplore sa polysémie...

La disparition de la cause et l'intégration concomitante du déséquilibre significatif dans le Code civil ne relève pas de la coïncidence. Un outil de contrôle objectif des déséquilibres contractuels était nécessaire en droit français des contrats. Quelle que soit la terminologie employée, le mécanisme semble relever de la même logique.

3. Enfin, la notion d'**économie du contrat** peut également être rapprochée de celle du déséquilibre significatif. L'économie générale du contrat est un concept prétorien qui décrit l'organisation du contrat, sa cohérence. Certaines décisions ont pu annuler ou réputer non écrites des clauses en contradiction avec l'économie du contrat ⁵.

Celle-ci nous paraît rejoindre le déséquilibre significatif par le grand pouvoir d'interprétation qui sera donné au juge dans l'appréciation du contrat dans sa globalité.

II. Les conditions d'application du déséquilibre significatif

[L'article L. 442-6-I-2°](#) du Code de commerce pose les conditions auxquelles la responsabilité de l'auteur du déséquilibre significatif peut être engagée. Il s'agit de manière générale de notions floues au contenu incertain qui offre de larges possibilités d'interprétation.

A. Une relation avec un "partenaire commercial"

L'expression de « partenaire commercial » est large et permet d'appréhender la réalité des relations commerciales. Il s'agira le plus souvent d'un contractant avec lequel sont entretenues des relations durables. La jurisprudence met l'accent sur la solidité de la relation et son inscription dans la durée. Cela est à mettre en lien avec l'idée de contrat relationnel mise en lumière en droit anglo-américain.

⁴ [Cass. com. 8 fév. 2005, n° 03-10.749](#), *Bull. civ. IV*, n° 21, *Brasserie de St Omer*.

⁵ La plus connue restant l'affaire du point club vidéo : [Cass. civ. 1ère 3 juil. 1996, Bull. civ. I, n° 286](#). La solution a depuis été remise en question mais par la Chambre commerciale et dans des arrêts non publiés, v. notamment [Cass. com. 27 mars 2007, n° 06-10452](#), *JCP* 2007, II, 10119, note Y.-M. Sérinet. [Cass. com. 9 juin 2009, n° 08-11420](#); *RDC* 2009, p. 1345, obs. Y.-M. Laithier.

B. « Soumettre » ou « tenter de soumettre » ledit partenaire

L'originalité est ici l'appréhension de la simple tentative. C'est logique par rapport au fait que le texte vise à mettre en place une police des clauses. Le simple fait d'inscrire dans le contrat une clause qui pourrait créer un déséquilibre significatif suffit à entraîner la sanction même si la clause n'est pas ensuite mise en œuvre.

La sanction de la simple tentative va donc dans le sens d'une « police » des contrats, dans leur rédaction, avant même leur mise en œuvre.

C. Un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties

Le déséquilibre significatif auquel un partenaire commercial soumet ou tente de soumettre l'autre est une pratique restrictive sanctionnable *per se* : il n'est pas besoin de prouver une atteinte au marché.

Contrairement à l'ancien abus de dépendance économique, il n'est plus nécessaire depuis la LME de 2008 de caractériser la **dépendance économique** et, donc, l'absence de solution alternative de la part de la victime de l'abus. Néanmoins, le critère de la dépendance économique reste important dans la détermination du déséquilibre significatif.

À ce jour, les décisions jurisprudentielles montrent que lorsque le déséquilibre significatif est sanctionné, il intervient quasiment toujours dans le contexte d'une situation de dépendance économique ⁶.

Les exemples sont nombreux de clauses pouvant constituer un déséquilibre significatif. Néanmoins, il peut être souligné tout particulièrement le **contrôle des prix** qui pourra se faire sous couvert de l'appréciation du déséquilibre significatif.

Un tel contrôle est exclu en droit de la consommation et dans le projet de nouveau texte du Code civil qui figurerait le droit commun. Pourtant, en droit commercial, la jurisprudence a déjà statué en ce sens. Cette perspective ouvre des possibilités de contrôle judiciaire qui sont diversement appréciées. *Quid* de l'indifférence de la lésion ? Assurément, l'absence de pouvoir de négociation de l'une des parties, sa situation de dépendance économique sont des critères qui permettront de justifier le contrôle judiciaire des prix. En cela on peut faire le parallèle avec la **lésion qualifiée**. Il s'agit d'une sorte d'abus de faiblesse spécifique au droit des affaires mais qui tend à se généraliser à tous les contrats d'affaires même ceux dans lesquels les parties sont « à égalité ».

⁶ Pour des références jurisprudentielles détaillées V. E. MOUIAL BASSILANA, *Le déséquilibre significatif*, J.-Cl. Concurrence-Consommation, préc.

Exemple de clauses pouvant être considérées comme créant un déséquilibre significatif

- × Les clauses issues de **contrats standardisés** (Contrats-types, contrats standards préédigés) conclus avec des centrales d'achat de la grande distribution sont un terrain fertile pour les déséquilibres significatifs.

- × Les **clauses de retour des invendus**

Une clause prévoyant que le fournisseur devra **baisser ses tarifs sans discussion**, sans que le distributeur n'en fasse la demande, quand les éléments permettant de déterminer ces tarifs ont baissé.

- × Les **clauses relatives au prix** :

[CA Paris 23 mai 2013, n° 12/01166](#) :

Les tribunaux ne peuvent pas fixer les prix qui sont libres et contractuellement négociés. Cependant, ils doivent contrôler si ces prix fixés par les parties au contrat créent un déséquilibre entre les parties et si ce déséquilibre est suffisamment important pour être considéré comme un « déséquilibre significatif ».

Actualité jurisprudentielle :

- × **T. com. Paris 7 mai 2015 Expedia**

Analyse de la clause du *client le plus favorisé* :

« *faute de contrepartie suffisante, les clauses visant à l'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles, dans les contrats des hôtels incriminés situés sur le territoire français, sont constitutives d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L 442-6 1 2° et sont nulles* ».

- × [CA Paris 1er juil. 2015 Galec](#)

Restitution de l'indu de plus de 61 millions d'euros et 2 millions d'amende civile pour des ristournes de fin d'année jugées sans contrepartie exigées par Leclerc de la part de ses fournisseurs. Le déséquilibre significatif a été caractérisé.

III. La mise en œuvre de la protection contre le déséquilibre significatif

Deux points seront ici mis en lumière. D'une part, l'originalité tenant à l'initiative de l'action, qui peut être prise, notamment par le Ministre de l'économie (A) ; d'autre part, la grande variété de sanctions pouvant être prononcées (B).

A. L'action en justice

La particularité de [l'article L. 442-6](#) du Code de commerce est de permettre au Ministre de l'économie de prendre l'initiative de l'instance (tout comme le ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence). La peur des représailles avait initialement entraîné l'ineffectivité des premiers textes issus de

l'ordonnance du 1er décembre 1986 destinés, notamment, à protéger les fournisseurs de la grande distribution face aux pratiques abusives. Le fait que le Ministre de l'économie puisse lui-même agir depuis la loi du 15 mai 2001 dite NRE, va dans le sens d'un renforcement de l'efficacité du dispositif.

Depuis l'entrée en vigueur de la LME de 2008, l'instance a d'ailleurs été initiée par le Ministre de l'économie dans la plupart des décisions ayant retenu le déséquilibre significatif.

Le Conseil constitutionnel, le 13 mai 2011 ([décision n° 2011-126 QPC](#)), a affirmé que ce type d'action était conforme à la Constitution.

Néanmoins, avant de prononcer une sanction dans le cadre d'une action intentée par le Ministre, il a ajouté que celui-ci devait avoir informé toutes les parties au contrat.

La Cour européenne des droits de l'homme a posé que : « l'action du Ministre de l'économie est conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales même si le fournisseur n'a pas été informé ([CEDH 17 janv. 2012, GALEC c/ France](#)).

Finalement, la Cour de cassation le 3 mars 2015 ([Cass. com., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-27523](#) et [pourvoi n° 14-10907](#)) a posé que l'information des parties au contrat était obligatoire uniquement en cas de **demande d'annulation de la clause**, de la **restitution de l'indu** et de **dommages-intérêts**. Cela signifie que l'information ne paraît nécessaire que lorsque la demande concerne les intérêts privés de la victime. Il semble que **l'information ne soit pas exigée dans le cas où le Ministre demande la cessation de la pratique et l'amende civile**.

B. Les sanctions possibles

Les sanctions du déséquilibre significatif dans le projet de réforme du droit commun des contrats sont limitées. Le texte prévoit en effet simplement que le juge pourra « supprimer » la clause créant ledit déséquilibre. On songe à la sanction de la nullité partielle ou du réputé non écrit.

En revanche, s'agissant de la pratique restrictive, les sanctions prévues à [l'article L.442-6, I et III](#) du Code de commerce sont des plus variées. Il faut distinguer selon qui est demandeur à l'action.

1. À la demande de la victime

Le texte n'évoque que la responsabilité et la réparation du préjudice : il semble qu'il s'agisse d'une responsabilité autonome qui se rattache à la responsabilité délictuelle (comme pour la rupture de relations commerciales établies (C.com., [art. L. 442-6-I-5°](#)).

Il faut noter qu'en jurisprudence, la victime obtient généralement aussi le réputé non écrit de la clause, voire la nullité du contrat dans son entier (utilisation de la cause illicite).

2. À la demande du Parquet ou du Ministre de l'économie, peuvent être demandées :

a. La « cessation de la pratique » (le plus fréquemment demandé). Le juge peut ainsi décider que :

- ✓ La clause est **réputée non écrite**
- ✓ **Les parties sont tenues de renégocier le contrat en modifiant ou en écartant la clause litigieuse.**

Pour l'heure, l'incertitude est de mise en cas d'échec de la renégociation (Comp. projet de réforme: article 1196 sur la possibilité pour le juge de mettre fin au contrat en cas d'échec de la renégociation en cas d'imprévision).

- ✓ Le juge peut également ordonner que la clause ne soit plus insérée dans les **futurs** contrats

b. La nullité du contrat

- c. La restitution des sommes indument versées par la victime
- d. Des dommages-intérêts pour la victime en réparation de son dommage
- e. Une amende civile :
 - Jusqu'à 2 millions d'euros ou
 - 3 fois le montant des sommes payées indument par la victime
 - 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre (loi *Macron* 6 août 2015).

Conclusion

Plusieurs pistes de recherche peuvent être proposées :

- Articulation des 3 textes :
 - [L. 132-1 C.conso.](#)
 - [L. 442-6-I-2° C.com.](#)
 - Le futur article 1169 du Code civil s'il était adopté en l'état (rien n'est moins sûr selon la Chancellerie elle-même).
- Observation de la jurisprudence sur le contrôle des prix (sorte de lésion qualifiée admise dans les contrats d'affaires).
- Droit comparé (ex. du droit allemand qui semble être en train de faire machine arrière sur la question. Droits australien et néo-zélandais qui connaîtraient un système proche...).
- Appréciation du déséquilibre significatif par le juge (rôle de la Commission d'examen des pratiques commerciales et de la Commission des clauses abusives) : faudra-t-il une liste de clauses? Des critères d'appréciation prévus dans le texte ? L'expertise du juge est en question.