Les clauses créant un déséquilibre significatif

Samuel Fourcade

▶ **To cite this version:**

Samuel Fourcade. Les clauses créant un déséquilibre significatif. Droit. 2017. dumas-02177448

HAL Id: dumas-02177448
https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02177448

Submitted on 9 Jul 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université de la Réunion

Faculté de droit et d'économie

Année 2016-2017

Les clauses créant un déséquilibre significatif

Mémoire rédigé par
Samuel FOURCADE

Étudiant en
Master II Droit des affaires

Sous la direction de
M. Jean-Baptiste SEUBE,
Professeur à l'Université de la Réunion

« *La disproportion ne paye plus !* »

(J.-C. GRALL et P. TOURRET, RLC 2012/32)

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

al. : alinéa.
art. : article.
Ass. : assemblée.
Ass. plén. : Assemblée plénière.
Bull. : Bulletin
Bull. Ass. plén. : Bulletin de l'Assemblée plénière.
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly sociétés.
CCC : Contrats concurrence consommation.
C. civ. : Code civil.
C. com. : Code de commerce.
C. consom. : Code de la consommation.
Cass. ass. plén. : arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation.
Cass. civ. : arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. com. : arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation.
Cass. soc. : arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation.
CE : arrêt du Conseil d'État.
CEDH : arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
cf. : confer (se reporter à).
chr. : chronique.
comp. : comparer.
concl. : conclusions.
Cons. const. : Conseil constitutionnel
D. : recueil *Dalloz.*
Defr. : *Répertoire général du notariat Defrénois*.
Dr. et patr. : revue *Droit et patrimoine*.
éd. : édition.
ex. : exemple.
Gaz. Pal. : *Gazette du Palais.*
Infra : après dans le texte
JCP G : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique), éd. Générale.
JCP E : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique), éd. Entreprise.
JO : *Journal officiel de la République française.*
LPA : revue Les Petites Affiches.
Ord. : Ordonnance.
p. : page(s).
préc. : précité
rappr. : à rapprocher de.
RDC : *Revue des contrats*.
RJ com. : *Revue de jurisprudence commerciale*.
RDLC : Revue des droits de la concurrence - Concurrences
RTD civ. : *Revue trimestrielle de droit civil.*
RTD com. : *Revue trimestrielle de droit commercial.*
Somm. : Sommaire
Supra : avant dans le texte
spéc. : spécialement.
V. : Voir.

SOMMAIRE

SOMMAIRE.....5
Introduction.....6
Partie I : L'identification des clauses contrôlables : un duo de conditions.....11
Chapitre I : L'absence de négociation : marqueur d'unicité.....11
Section I : Avant la réforme : un dispositif dual, une condition sous-jacente commune.....12
Section II : L'extension imprécise du domaine par la réforme du droit des contrats.....16
Chapitre II : Une clause ne portant pas sur le prix ou l'objet principal : marqueur de division.....23
Section I : L'Exclusion explicite du champ des dispositions du code de la consommation et du code civil.....23
Section II : L'inclusion dans le champ de la disposition du code de commerce.....26
Partie II : L'exercice du contrôle : des régimes distincts.....29
Chapitre I : La caractérisation du déséquilibre significatif, notion plurielle. .29
Section I : Des divergences dans les critères du déséquilibre significatif 29
Section II : Une convergence dans la méthode d'appréciation du déséquilibre significatif....35
Chapitre II : Des sanctions distinctes.....38
Section I : Code de la consommation et code civil : le rééquilibrage du contrat.....38
Section II : Code de commerce : une visée répressive.....40
CONCLUSION.....42
TABLES DES MATIERES.....44
BIBLIOGRAPHIE.....46

Introduction

Si c'est bien sur le postulat selon lequel *"qui dit contractuel dit juste"*[1] que repose le droit des contrats du code civil de 1804, une vision réaliste des relations contractuelles force à constater que l'exercice d'une liberté contractuelle pleine et entière, en particulier entre un contractant fort et un contractant faible, fait naître un contrat qui reflète nécessairement ce déséquilibre des forces entre les parties et qui s'en trouve lui-même déséquilibré. La prise en compte de ce constat transparaît bien dans le "nouveau code civil" post-réforme du droit des contrats, qui contient un certain nombre de nouvelles dispositions instaurant pour certaines d'entre elles des règles nouvelles (tandis que d'autres ne font qu'entériner des règles déjà dégagées par la jurisprudence) visant à préserver une justice contractuelle.

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, a tout d'abord gravé dans le code civil un certain nombre de principes directeurs du droit des contrats que sont :

- La liberté contractuelle, à l'article 1102, qui dispose :

"Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.
La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public."

- La force obligatoire des contrats, à l'article 1103, qui dispose : **:**

"Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits"

- La bonne foi, à l'article 1104, qui dispose :

"Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.
Cette disposition est d'ordre public"

On distingue donc dès les dispositions liminaires sur le contrat les limites classiques aux principes de liberté contractuelle et de force obligatoire des contrats : le respect des dispositions légales, des dispositions d'ordre public, et la bonne foi (tant dans la négociation et la formation du contrat que dans son exécution).
Partant du constat que des cocontractants peuvent très bien, en toute bonne foi, négocier, conclure, et exécuter un contrat au contenu licite et pour lequel leur consentement n'a pas été vicié, mais qui est totalement déséquilibré en termes de droits et obligations des parties, il est primordial qu'il

1 Formule de Fouillée

existe des mécanismes de contrôle du contenu des contrat afin de limiter les conséquences sur le contrat du déséquilibre des pouvoirs entre les parties. En effet, c'est « précisément parce qu'une clause est licite que le droit des clauses abusives... devient utile !»[2]

"*Entre le fort et le faible ... c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*"[3]. Ce contrôle du contenu du contrat apporte donc un tempérament nécessaire au principe de liberté contractuelle et à celui de force obligatoire des contrats. A ce sujet, François-Xavier LICARI écrit que *« le contrôle du contenu du contrat ne sonne pas le glas de l'autonomie de la volonté, mais, au contraire, l'assure en ce qu'il permet de passer d'une conception formelle à une conception réelle ou matérielle de la liberté contractuelle »***.**
En effet, en instaurant un contrôle juridictionnel du contenu des contrats, loin de nier le principe de liberté contractuelle, on le préserve en réalité en évitant que le contractant faible ne soit placé sous le joug du contractant fort. Ce-dernier, sans mécanismes de rééquilibrage du contrat, serait en effet seul détenteur de la liberté contractuelle (dans son volet de libre détermination du contenu) qui pourrait alors être qualifié d'unilatérale et qui serait de ce fait inexistante.
Cependant, l'excès de protection revient lui aussi à supprimer la liberté contractuelle.

En somme, aucun des extrêmes n'est satisfaisant, et il appartient au juge et au législateur de trouver un juste milieu entre liberté et protection.

Quels mécanismes de contrôle du contenu du contrat prévoit donc la loi afin de chasser le déséquilibre du contrat ?

Outre les règles légales d'ordre public auxquelles les contrats ne peuvent pas déroger, qui imposent de facto un certain contenu à ceux-ci et dont l'irrespect sera automatiquement sanctionné par le juge, il existe des dispositions générales qui n'interdisent pas certaines clauses en particulier mais soumettent les contrats à un contrôle juridictionnel lorsqu'un doute existe quant au caractère « déséquilibrant » d'une clause.

Dans le code civil, il existe des dispositions consacrées à l'équilibre contractuel. Il s'agit des articles 1168 et suivants. L'article 1168 du code civil dispose : "Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement."; L'article 1169 dispose : "Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au

2 N. MATHEY, CCC n° 10, Octobre 2016, comm. 215
3 Formule de LACORDAIRE

moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire."; L'article 1170 dispose : "Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite."
Ces dispositions générales énoncent en premier lieu le principe selon lequel le déséquilibre n'est pas une cause de nullité du contrat... fort heureusement car l'admettre serait nier l'existence même du principe de liberté contractuelle dans son volet de libre détermination du contenu du contrat.
Toutefois, ce principe est tempéré. En effet, d'une part, un contrat est nul lorsque la contrepartie est illusoire ou dérisoire, c'est à dire, lorsque le déséquilibre dans les droits et obligations est tel qu'il prive quasiment l'une des parties de toute contrepartie dans le contrat conclu à titre onéreux, dont l'essence même est d'offrir aux parties une contrepartie réelle aux obligations auxquelles elles ont choisi de se soumettre. Il appartiendra au juge de délimiter les frontières de ces notions
D'autre part, est réputée non-écrite toute clause qui aurait pour effet de priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur.

Ces limites au principe de validité des contrats déséquilibrés permettent d'épurer le contrat des déséquilibres les plus importants et évidents.
D'autres limites existent. La réforme du droit des contrats en a d'ailleurs apportées certaines, par exemple l'admission de la théorie de l'imprévision (article 1195 du code civil) qui illustre bien l'objectif de recherche d'une justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance du 10 février 2016 au prix certes d'une possibilité élargie d'ingérence du juge dans la loi des parties. D'autres limites aux champs plus limités existaient déjà avant la réforme : par exemple, l'admission de la rescision pour lésion en matière de vente d'engrais ou de vente d'immeubles, ou encore la révision des clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires (article 1231-5 du code civil).

Malgré ces multiples gardes-fou, un certain déséquilibre dans les droits et obligations des parties peut tout de même subsister dans un contrat, à travers des clauses pourtant a priori licites.
C'est là qu'interviennent les dispositifs de sanction des clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Le législateur a dans un premier temps procédé à l'élaboration d'un dispositif de rééquilibrage des contrats de consommation (conclus entre professionnel et consommateur ou non-professionnel) . L'impulsion est venue de la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, transposée en droit français dans le code de la consommation. Certains auteurs écrivent que le droit de la consommation prend le consommateur

pour "un incapable majeur"[4] en le surprotégeant. Toutefois, il est primordial que la loi protège le contractant faible dans les relations contractuelles structurellement déséquilibrées, et c'est dans cette optique qu'à été mis en place ce dispositif. Dans la continuité de cette logique, la sanction des clauses abusives par le code de la consommation (articles L212-1 et L212-2) a été étendue aux relations entre professionnel et non-professionnel.

Le mécanisme a par la suite, par l'intermédiaire de la loi LME du 4 août 2008, été exporté vers le Code de commerce qui a inséré une disposition sanctionnant le déséquilibre significatif à son article L442-6, article souvent qualifié de fourre-tout et visant à lutter contre les pratiques restrictives de concurrence entre partenaires commerciaux. Depuis cette loi, engage sa responsabilité tout commerçant qui soumet ou tente de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.
Cette consumérisation du droit des affaires a divisé la doctrine entre les partisans du déséquilibre significatif « traditionnel » enfermé dans le champ du droit de la consommation[5] et ceux favorables à l'extension de la notion aux professionnels dès lors qu' « en situation d'inégalité lors de la conclusion du contrat, ils sont dans l'impossibilité d'en négocier le contenu et se voient donc imposer des clauses abusives »[6]. Cette consumérisation pouvait s'analyser comme les prémices d'une universalisation du contrôle de la sanction du déséquilibre significatif... Cette prophétie peut-elle être considérée comme réalisée par la réforme du droit des contrats ?

L'un des objectifs de cette réforme, qui est la recherche d'une justice contractuelle[7], au prix certes d'un certain interventionnisme judiciaire, transparaît bien à travers par exemple, l'admission de la théorie de l'imprévision, mais surtout, et c'est ce qui retiendra notre attention ici, l'ajout au code civil d'un article 1171 qui dispose :
"Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation"

4 Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., Les obligations, Defrénois, 2005, sp. n° 423

5 V. notamment J. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz

6 D. MAZEAUD, Defrénois 2000, p. 116

7 V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

Ce nouvel article 1171 universalise-t-il réellement la sanction du déséquilibre significatif ?
Il semble difficile de l'admettre dans la mesure où d'une part, cette nouvelle disposition limite le contrôle aux contrats d'adhésion, ce qui crée un certain chevauchement avec les champs d'application des dispositifs préexistants, et dans la mesure où d'autre part, elle limite également l'étendue du contrôle en excluant le contrôle du prix et de l'objet principal du contrat...
Si l'article 1171 ne rend pas universel le contrôle du déséquilibre significatif qui reste soumis à certaines limites, il en élargit néanmoins significativement le champ, et dit tout haut ce que les dispositions du code de commerce et celle du code de la consommation pensaient tout bas... Le déséquilibre significatif apparaît décomplexé dans le code civil où il affirme enfin le plus largement possible (par le biais de la notion nouvellement définie de contrat d'adhésion) l'esprit qui l'anime : sanctionner les déséquilibres imposés aux contractant faibles par les contractants forts.

Face à la multiplicité des textes et des critères qu'ils posent, certes parfois flous mais dont on parvient tout de même à saisir l'essence, il est possible d'identifier une caractéristique commune aux clauses susceptibles d'être soumises au contrôle du déséquilibre significatif : le fait qu'elles résultent d'un défaut de négociation. C'est ce défaut de négociation résultant lui-même du déséquilibre des forces entre les parties qui constitue la justification du contrôle et qui en délimite également le champ d'application. Toutefois, les clauses portant sur le prix ou l'objet principal sont exclues du champ du contrôle de l'article 1171 du code civil et de l'article 212-1 du code de la consommation. L'identification des clauses contrôlables sur le fondement des dispositifs de sanction du déséquilibre significatif semble donc pouvoir être menée en se basant sur un duo de condition **(PARTIE I)** : l'une des conditions étant commune (bien que décelée par le biais de critères différents selon les textes) : l'absence de négociation de la clause ; et l'autre (le fait que la clause ne porte pas sur le prix ou l'objet principal du contrat) étant propre aux dispositifs du code de la consommation et du code civil sus-mentionnés (à l'exception donc du dispositif du code de commerce)**.**

Une fois le filtre de la contrôlabilité passé, la clause insérée dans la machine du contrôle du déséquilibre significatif ne recevra pas le même traitement selon la branche par laquelle elle sera traitée (droit de la consommation, droit commercial, et/ou droit commun). Les régimes instaurés par les dispositions faisant référence au déséquilibre significatif, bien que présentant des éléments convergents, restent en effet bien distincts les uns des autres **(PARTIE 2)**. L'exercice du contrôle révèle le caractère pluriel de la notion de déséquilibre significatif **,** qui ne sera ni caractérisé, ni sanctionné de la même façon selon le dispositif appliqué.

Partie I : L'identification des clauses contrôlables : un duo de conditions

La caractéristique nécessaire et commune à toutes les clauses susceptibles d'être soumises au contrôle du déséquilibre significatif, bien qu'elle ne soit pas toujours énoncée de manière explicite dans les textes, c'est le fait qu'elles résultent d'une absence de négociation **(Chapitre I)**.

La seconde condition, qui à la différence de la première ne porte pas sur les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat ou de la clause mais sur le contenu de cette dernière, marque quant à elle la division entre les différents dispositifs de sanction du déséquilibre significatif. En effet, la clause portant sur le prix ou l'objet principal du contrat est tantôt exclue du champ du contrôle (dans le code civil et dans le code de la consommation), tantôt incluse dans celui-ci (dans le code de commerce) **(Chapitre II)**.

Chapitre I : L'absence de négociation : marqueur d'unicité

Avant la réforme du droit des contrats, il existait deux dispositifs de sanction des clauses créant un déséquilibre significatif : l'un en droit de la consommation et l'autre en droit commercial. Les champs d'application respectifs de ces dispositions, bien que distincts, comportent une condition commune **(*Section I*)** tantôt explicite (en droit commercial), tantôt implicite (en droit de la consommation), qui est l'absence de négociation de la clause .

La réforme du droit des contrats est venue ajouter au code civil une disposition sanctionnant les clauses créant un déséquilibre significatif. Cette nouvelle disposition, non sans soulever un certain nombre d'incertitudes, a en quelque sorte sublimé la condition déjà présente dans les deux dispositifs préexistants en élargissant le champ du contrôle aux clauses des contrats d'adhésion, et donc, sous réserve d'une interprétation large de cette catégorie imprécisément définie, à toutes les clauses non-négociées, faisant ainsi de l'absence de négociation une condition suffisante du contrôle (sous réserve de l'exception présentée au Chapitre II de la présente Partie) ***(Section II)***.

Section I : Avant la réforme : un dispositif dual, une condition sous-jacente commune.

1. Des critères purement personnels en droit de la consommation : une absence de négociation irréfragablement présumée.

Le dispositif mis en place par les articles L212-1 et suivants actuels du code de la consommation, qui remplacent l'article L132-1 suite à l'ordonnance[8] de mars 2016, ont un champ d'application limité par des critères personnels. Ces articles limitent en effet le contrôle des clauses créant un déséquilibre significatif aux contrats conclus entre professionnel et consommateur ou entre professionnel et non-professionnel. Ces notions étaient jusqu'alors recouvertes d'un «épais voile de confusion »[9]. Elles sont désormais (depuis la loi loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 dite loi HAMON pour le consommateur et l'ordonnance de mars 2016 précitée ratifiée par la loi[10] du 21 février 2017 pour le professionnel et le non-professionnel) définies à l'article liminaire du code de la consommation.

Ces nouvelles définitions sont-elles satisfaisante ? Permettent-elles de définir clairement le champ d'application personnel des article L212-1 et suivants ?

L'article liminaire du code de la consommation dispose que :

«Pour l'application du présent code, on entend par :

- consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;

- non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ;

- professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel.»

Il n'y a plus lieu d'appliquer des critères différents comme le faisait jusque là le juge selon que l'on

8 Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016

9 R. LOIR, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 1, 5 Janvier 2017, 1006 : chronique "Technique contractuelle"

10 Loi n°2017-203 du 21 février 2017

soit face à une personne physique ou une personne morale : exit le critère du « rapport direct » avec l'activité professionnelle ou tout autre critère, place au critère unique de la finalité professionnelle. Le juge a déjà fait l'application de ces nouvelles définitions et a jugé par exemple que « lorsqu'elle procède au don de chiens, la SPA agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, de sorte qu'elle n'a pas la qualité de professionnel au sens de l'article L.132-1 du code de la consommation »[11], ou encore qu'un comité d'entreprise est un non-professionnel[12]. C'est « dans la notion d'activité que réside le critère de professionnalité »[13] : le juge ne se base désormais que sur l'activité exercée pour déterminer la qualité de professionnel. Une association peut donc aussi bien être un professionnel (lorsqu'elle mène une activité lucrative) qu'un non-professionnel (par exemple pour la SPA, lorsqu'elle procède au don de chien).

Au fur et à mesure des décisions, les contours de ce critère de finalité professionnelle seront précisés.

Ces définitions ont en tout cas le mérite de clarifier le champ d'application du code de la consommation, et en particulier celui du dispositif de sanction des clauses abusives qui fait référence aux trois notions. Même si les nouvelles définitions soulèvent encore quelques incertitudes, le code de la consommation, grâce à elles, « gagne en clarté et emprunte, peut-être, le chemin de la guérison »[14] .

Les contrats qui lient consommateurs et professionnels sont caractérisés par l'impossibilité dans laquelle se trouve le consommateur de discuter quoi que ce soit. Les exemples les plus parlants sont les contrats de fourniture d'énergie, d'accès à Internet ou les contrats de transport : la seule liberté que détient le consommateur, c'est celle de faire jouer la concurrence. Le consommateur ou le non-professionnel, face au professionnel, ne peut en rien discuter les conditions contractuelles qui lui sont imposées[15] . Le contrat de consommation est typiquement un contrat d'adhésion bien que « *si les contrats d'adhésion sont le plus souvent des contrats de consommation, ceux-ci ne sont pas les seuls et les contrats d'adhésion se rencontrent aussi dans des relations contractuelles entre*

11 *Cass. 1re civ., 1er juin 2016, n° 15-13.236 , P+B : JurisData n° 2016-010690 ; JCP E, 1419, note R. Loir*

12 *Cass. 1re civ., 15 juin 2016, n° 15-17.369 , FS-P+B, Sté Kalidéa c/ Comité d'entreprise de la société Microsteel - CIMD*

13 *Bert, Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante : vol. 55, Fondation Varenne coll. thèses 2011, n° 191*

14 R. LOIR, *Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel,* JCP E n° 27-28, 7 Juillet 2016, 1402

15 *V.* N. Sauphanor-Bouillaud*, Les contrats de consommation. Règles communes : LGDJ 2013, n° 80)*

professionnels. » [16]

2. Des critères personnels en droit commercial : une relation entre partenaire commerciaux

L'article L442-6-I-2° du Code de commerce limite lui aussi le champ d'application du dispositif de contrôle du déséquilibre significatif qu'il instaure en le subordonnant à la satisfaction de conditions personnelles : le contrat en cause doit en effet être conclu entre un « producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » (ce qui délimite un champ personnel assez classique en droit commercial puisque ce sont là les termes auxquels bon nombre de dispositions du code de commerce font référence), bénéficiaire du déséquilibre, et son « partenaire commercial », victime du déséquilibre. La notion de partenaire commercial paraît moins large que la notion précitée désignant l'auteur du déséquilibre, mais le champ personnel de l'article L442-6,I,2° n'en est pas pour autant dissymétrique car si la victime du déséquilibre est le partenaire commercial de l'auteur du déséquilibre, ce-dernier est nécessairement également le partenaire commercial du premier... le *Vocabulaire juridique Cornu* définit les « partenaires » comme des personnes publiques ou privées entretenant des relations économiques ou politiques suivies et unissant leurs efforts dans la poursuite d'un objectif commun. Cette notion de partenaire suppose donc, au delà de la simple existence d'un lien contractuel, une relation continue. Il n'est pas certain cependant que l'on exige comme pour les « relations commerciales établies », dont la rupture brutale est sanctionnée par l'article L442-6-I-5°, que cette relation revête un caractère « suivi, stable et habituel » et que les parties puissent raisonnablement prévoir une certaine continuité du flux d'affaires, ce qui correspond aux critères du caractère établi de la relation commerciale dégagés par la cour de cassation (rapport de l'année 2008). Il n'est pas à exclure, bien que la jurisprudence ne l'ait pas encore démontré puisqu'elle limite le contrôle du déséquilibre significatif version code de commerce aux seules relations entre distributeurs et fournisseurs dans la grande distribution, que ce contrôle puisse s'appliquer dans un champ relativement large.

En somme, sont exclus du champ d'application personnel de la disposition du code de commerce les particuliers et les professionnels qui ne sont ni commerçants ni artisans.

16 Guy Raymond : JurisClasseur Concurrence Consommation, Fasc. 800 : CONTRATS DE CONSOMMATION, 21 avril 2016

3. Un critère subjectif en droit commercial : la soumission ou la tentative de soumission

A la différence des articles L212-1 et suivants du code de la consommation, l'article L442-6-I-2° du Code de commerce n'instaure pas un contrôle automatique du contrat subordonné à la seule satisfaction des conditions personnelles du contrôle. En effet, là où le texte fait référence à « toute clause » en droit de la consommation, il faut une condition factuelle supplémentaire en droit commercial puisqu'il faut que l'un des partenaires commerciaux ait « soumis ou tenté de soumettre » son partenaire.

La jurisprudence a adopté une position claire sur la qualification de cette soumission. L'idée est que la soumission est caractérisée lorsque l'une des parties a refusé à l'autre la négociation de la clause litigieuse. Le fait que d'autres clauses du contrat aient été négociées est indifférent si le contrat reste globalement déséquilibré en raison de l'absence de négociation de la clause litigieuse. C'est l'approche qu'a retenue la chambre commerciale de la Cour de cassation[17] . Dans un autre arrêt du 27 mai 2015[18], la Cour de cassation a jugé que le fait que les clauses litigieuses aient été insérées dans tous les contrats signés par des fournisseurs et que ces-derniers ne disposaient pas d'un pouvoir réel de négociation, permettait de déduire que les fournisseurs avaient été soumis aux exigences de la centrale d'achat, caractérisant ainsi l'existence d'une soumission. C'est donc bien l'absence de négociation qui permet de caractériser la soumission.

Il faut noter que la charge de la preuve du refus de la négociation de la clause litigieuse incombe à la partie qui se prévaut de la disposition. Il appartient donc à cette partie de garder des traces de la négociation, et du refus de négociation de certaines clauses. La soumission ou tentative de soumission ne saurait être déduite du simple fait qu'a été mise à disposition une trame type de contrat. Le contrat-type n'interdit pas en lui-même la négociation : encore faut-il que les clauses qu'il contient et qui créent prétendument un déséquilibre significatif aient été expressément exclues de la négociation[19]

La charge de la preuve est toutefois inversée dans le domaine de la grande distribution alimentaire, compte tenu de la puissance d'achat des centrales d'achats des grandes enseignes de la grande distribution. L'arrêt du 4 octobre 2016[20] a en effet posé une présomption de soumission dans les relations entre centrales d'achat de la grande distribution et leurs fournisseurs. Il appartient donc

17 Cass. Com., 3 mars 2015, n°13-27.525
18 N MATHEY : CCC n° 12, Décembre 2016, comm. 253
19 CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 et CA Paris, 1er juillet 2015, n°13/19251
20 Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013

dans ces relations à la centrale d'achat attaquée sur le fondement de l'article L442-6,I,2°, de prouver que le fournisseur avait une puissance économique importante, un nombre de références important ou un caractère incontournable, ce qui lui conférait le pouvoir de négocier les clauses du contrat.

L'absence de négociation de la clause, qui était une condition implicite dans les deux dispositifs initiaux, est devenue explicite avec la réforme du droit des contrats... bien que quelques incertitudes demeurent quant à l'interprétation qui sera faite de la nouvelle disposition du code civil et de la définition du contrat d'adhésion ***(Section II)***.

Section II : L'extension imprécise du domaine par la réforme du droit des contrats

4. Le critère du contrat d'adhésion, notion imprécise

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a ajouté dans le code civil un certain nombre de définitions de certaines catégories de contrats. Parmi les grandes distinctions qui apparaissent dès les premiers articles portant sur les contrats, celle qui oppose le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion est particulièrement déterminante dans le cadre de notre étude puisque l'article 1171 y fait référence.

Le projet d'ordonnance soumis à consultation prévoyait initialement d'ajouter une disposition au code civil qui disposerait qu'« *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* ». La doctrine[21] autant que la pratique avaient alors condamné l'absence de limitation du champ d'application du texte en appelant donc à limiter celui-ci, ce qui présuppose « d'identifier le besoin de protection auquel il y a lieu de répondre »[22]. Le besoin de protection naît de l'absence de négociation des clauses, c'est pourquoi l'ordonnance finale a opté pour une limitation du champ de l'article aux clauses des contrats d'adhésion.

L'article 1110 du code civil dispose désormais que :

« Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.

21 V. notamment : *F. Bicheron, N'abusons pas de la clause abusive : Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 24. – F. Chénedé, Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme : D. 2015, p. 1226*

22 Sophie GAUDEMET *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil,* CCC n° 5, Mai 2016, dossier 5

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

Cette notion de contrat d'adhésion, jusqu'alors uniquement doctrinale (du moins en droit français) a donc connu une consécration avec la réforme du droit des contrat, qui lui a a prêté une importance particulière. En effet, cette distinction n'a pas une visée purement intellectuelle mais a de réelles conséquences, d'une part sur les règles d'interprétations du contrat puisque l'article 1190 dispose que « dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion, contre celui qui l'a proposé », et d'autre part sur le contrôle du déséquilibre significatif. L'article 1171 limite en effet la sanction du déséquilibre significatif aux contrats d'adhésion.

Il devient dès lors nécessaire pour déterminer le champ d'application de l'article 1171, de savoir exactement ce que l'on entend par contrat d'adhésion. C'est là que le bât blesse car la définition donnée par l'article 1110 laisse la porte ouverte à des interprétations multiples et laisse persister des zones d'ombre qui seront certainement à l'origine d'un contentieux nourri portant sur la qualification des contrats. L'article 1110 fait référence à trois critères pour identifier un contrat d'adhésion :

Le premier, c'est l'existence de « conditions générales ». Cette notion ne bénéficie pas d'une définition juridique, ce qui laisse déjà planer une certaine incertitude sur le champ couvert par la définition posée à l'article 1110. La doctrine a pu qualifier les conditions générales de « clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire »[23]. Il s'agit donc d'un ensemble de clauses préétablies qui ont vocation à s'appliquer à un contrat conclu ultérieurement et qui entrent dans la sphère contractuelle lorsque le contrat est signé. Rien n'empêche, a priori, de négocier ces conditions générales même s' il n'est pas de leur essence d'être négociées. On ne saurait donc déduire de la simple existence de conditions générales, la qualification de contrat d'adhésion. La question se pose de savoir ce que le législateur a voulu précisément viser en faisant référence aux conditions générales dans l'article 1110 du code civil. Vraisemblablement, il s'agit du « *contenu du contrat pris dans son ensemble »*[24]*,* autrement dit de l'ensemble des « clauses générales » (le terme

23 *A. Seube, Les conditions générales des contrats, in Études A. Jauffret : PUAM, 1974, p. 629*

24 T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion* – D. 2016. 1771

de clauses ayant d'ailleurs sa source étymologique dans le terme latin « conditio »*)* peu importe qu'elles aient été rédigées pour un nombre important de contrats ou pour un seul, pourvu qu'elles soient, selon l'acception classique des conditions générales, proposées « en bloc » à l'acceptation du cocontractant.

Pour qualifier un contrat d'adhésion, il faut en effet un second critère qui est celui de la «soustraction à la négociation» desdites conditions générales. Ce critère soulève une nouvelle fois plus de questions qu'il n'apporte de certitudes. D'abord, pour que l'on puisse considérer que le contrat a été soustrait à la négociation, faut-il qu'il n'y ait pas eu de négociation effective, ou faut-il qu'il n'y ait pas eu de possibilité de négociation ?

Le juge ne saura en tout état de cause se satisfaire d'une clause qui stipulerait le caractère négociable des conditions générales pour ne pas qualifier le contrat de contrat d'adhésion. Une telle clause serait tout bonnement écartée par le juge. Il conviendra d'apporter la preuve d'une négociation s'il y en a eu une. La situation dans laquelle la négociation aurait été ouverte mais pas effectuée est particulièrement délicate car il sera difficile de rapporter la preuve de l'impossibilité de la négociation. Les praticiens auraient tout intérêt à demander à négocier les clauses qu'ils jugent abusives avant la conclusion du contrat, quitte à essuyer un refus, pour pouvoir a minima prouver que le contrat n'était pas négociable.

Ensuite, quid de la négociation partielle? En effet, dans le cas par exemple où l'ensemble des conditions générales aurait été soustrait à la négociation à l'exception d'une clause, qualifie-t-on le contrat de contrat d'adhésion ou non? Certaines clauses ont une importance moindre par rapport à d'autres mais comment peut-on déterminer le seuil d'importance de la clause qui fera basculer la balance du côté du contrat d'adhésion? La définition des contrats d'adhésion pose problème en instaurant un régime du tout ou rien : il n'y a pas de catégorie mixte entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion. Cette binarité ouvre la porte à l'insécurité juridique car il n'y a ni nuances entre les deux extrêmes que sont le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, ni définition claire permettant aux praticiens de prévoir si le contrat qu'ils concluent pourra être considéré comme un contrat d'adhésion ou non. Pourtant cette distinction est d'une importance capitale car basculer dans la qualification de contrat d'adhésion induit des conséquences importantes dont la première est la soumission des clauses du contrat au contrôle instauré par l'article 1171 du code civil. Il aurait été envisageable de raisonner clause par clause plutôt que sur l'ensemble du contrat et de permettre la

sanction du déséquilibre significatif dans les "clauses d'adhésion"[25].

Enfin, le troisième critère est la détermination « à l'avance, par l'une des parties » de ces conditions générales. Quid lorsque le contrat est rédigé par un tiers tel qu'un notaire ou un avocat ou que l'on a recours à un formulaire ? Il paraît clair que confier la rédaction du contrat à un tiers ne permet pas d'esquiver la qualification de contrat d'adhésion car le stipulant a toujours la possibilité de proposer à la négociation le contrat ainsi rédigé. Même s'il ne tient pas la plume, c'est donc bel et bien le stipulant qui « détermine » le contenu du contrat dans ce cas. Au contraire, si certaines clauses sont imposées par la Loi, le stipulant ne peut pas être considéré comme ayant déterminé le contenu desdites clauses puisqu'il est lui-même contraint de stipuler ces clauses. Ces clauses sont des clauses légales et non des clauses contractuelles et donc ne sont pas susceptibles d'être contrôlées. En effet « tout ce qui est dans le contrat n'est pas contractuel »[26] . Admettre un contrôle de ces clauses par le juge reviendrait par ailleurs à admettre une supériorité du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif, alors même que le juge est chargé de faire appliquer la loi.

Initialement, le père de la notion du contrat d'adhésion, Raymond SALEILLES, définissait le contrat d'adhésion comme celui où il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat"[27] . Le contrat d'adhésion s'entendait donc comme un contrat "de masse". Force est de constater que la définition posée à l'article 1110 ne fait pas référence à ce critère du contrat de masse si bien que la définition du code civil peut aussi bien correspondre aux contrats de dépendance qu'aux contrat d'adhésion de masse.

Malgré ces incertitudes, il est certain que les rédacteurs auront tout intérêt à tenter d'éviter la qualification de contrat d'adhésion afin d'écarter l'applicabilité de l'article 1171, ce qui posera avant tout un problème de preuve. La charge de la preuve que le contrat est un contrat d'adhésion pèsera sur la partie qui se prévaudra de l'article 1171, conformément au droit commun de la preuve. En l'absence de toute trace de négociation, le juge recherchera certainement dans les circonstances qui

25 Concernant la notion de clause d'adésion, v. M. Coipel, La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile : *RJT 1990, n° 24, p. 485, spéc. p. 500*

26 M.MEKKI : La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 45, 11 Novembre 2016, act. 1190 : Réforme des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion

27 *R. Saleilles, De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand : Pichon, 1901, p. 229-230)*

ont entouré la conclusion du contrat l'existence d'une possibilité de négociation. Le rédacteur devra donc se ménager la preuve que le contrat a bien été négocié... ou en tout cas qu'il n'a pas été « soustrait à la négociation », et que la rédaction n'a pas été unilatérale. Si négociation il y a, il serait donc judicieux pour les rédacteurs d'en constituer des preuves écrites et de les conserver.

5. Une disposition de droit commun ?

La question se pose également de savoir si l'article 1171 constitue une disposition de droit commun ou une disposition de droit spécial. Le fait que cet article soit inséré dans les dispositions du code civil communes aux contrats pourrait faire tendre à présumer qu'il s'agit d'une disposition de droit commun. Néanmoins, cet article, bien que son champ personnel ne soit pas limité, a un champ d'application matériel restreint aux contrats d'adhésion. Ainsi, doit-on faire application de la règle selon laquelle le spécial déroge au général (v. article 1105 du code civil) et exclure l'application de l'article 1171 dans tous les cas où s'appliqueraient les articles L442-6-I,2° du code de commerce et L212-1 et suivants du code de la consommation, ou au contraire, peut-on envisager une application cumulative des textes ?

L'adage specialia generalibus derogant trouve à s'appliquer si les dispositions spéciales s'opposent aux dispositions générales … or l'article 1171 tend au même but que les textes du code de commerce et du code de la consommation qui est celui de chasser les déséquilibres « significatifs » du contrat ou, plus largement, de protéger la partie faible au contrat. Ainsi, quand bien même l'article 1171 pourrait être considéré comme une disposition spéciale, elle pourrait s'appliquer cumulativement avec la disposition du code de commerce ou celle du droit de la consommation. C'est la sanction (cf infra, Partie 2, Chapitre 2) qui va déterminer l'intérêt ou non d'un cumul.

6. Le champ d'application de l'article 1171 englobant et sublimant ceux des dispositifs spéciaux préexistants

Il y a de fait un déséquilibre des pouvoirs lorsque l'on a à faire à un contrat d'adhésion car l'une des parties s'arroge le pouvoir de déterminer unilatéralement les conditions générales du contrat et prive de ce fait l'autre partie de ce pouvoir. Toutefois, il est possible que ce déséquilibre résulte simplement d'une absence de volonté de l'une des parties de disposer du pouvoir de négociation. On ne peut pas déterminer avec certitude si le contrat a été soustrait ou non à la négociation si le cocontractant qui n'a pas rédigé les conditions générales n'a pas demandé à les négocier : on ne sait pas s'il n'y a pas eu négociation parce que les conditions convenaient à la partie adhérente, ou si elle n'était en tout état de cause pas en mesure de les négocier. Quoi qu'il en soit, le juge qualifiera certainement un contrat de contrat d'adhésion aussi bien lorsqu'il n'y aura pas eu de négociation effective que lorsqu'il n'y aura pas eu de possibilité de négociation (cette négociation ayant été expressément refusée par le stipulant).

La catégorie des contrats d'adhésion peut donc aussi bien faire référence à la fois aux contrats imposés contre la volonté de l'un des cocontractant, qu'à ceux « imposés » avec le consentement du cocontractant. En d'autres termes, la qualification de contrat d'adhésion recouvre à la fois la situation de dépendance nécessaire à la sanction du déséquilibre significatif dans les relations commerciales, et la situation d'adhésion caractéristique des contrats de consommation (*cf* supra point n°1)

De ce fait, le champ d'application de l'article 1171 du code civil englobe celui de l'article L 212-1 du code de la consommation, mais également celui de l'article L 442-6, I , 2° du code de commerce à l'exception près que le champ d'application de l'article 1171 exclut le contrôle des clauses portant sur le prix ou la définition de l'objet principal du contrat. Rappelons que la lésion est tout de même contrôlée dans tous les contrats mais par le biais de l'article 1169 qui exige la satisfaction de critères plus exigeants que celui du déséquilibre qui ne serait « que » significatif, que sont l'existence d'une contrepartie illusoire ou dérisoire. L'article 1170 permet quant à lui le contrôle des clauses qui « privent de sa substance l'obligation essentielle », ce qui représente un déséquilibre bien plus significatif que le déséquilibre significatif …

En somme, que l'on ait à faire à un contrat de dépendance ou à un contrat d'adhésion (dans son acception traditionnelle, et non celle issue de la réforme qui recouvre les deux catégories) on est face à un déséquilibre des pouvoirs entre les parties qui est à l'origine de la non-négociation des clauses.

L'absence de négociation de la clause, pour être désignée comme condition nécessaire et suffisante du contrôle du déséquilibre significatif, nécessite que soit levée l'incertitude quant à l'interprétation de la disposition définissant le contrat d'adhésion. Le législateur, qui a fait de l'article 1171 « l'emblème de la réforme »[28] en souhaitera certainement un champ d'application élargi donc on peut raisonnablement tabler sur un interprétation large de l'article 1110. Rentrerons donc certainement dans la catégorie de contrat d'adhésion, les contrats qui n'auront pas effectivement été négociés (et non pas seulement ceux pour lesquels la négociation était impossible), ou encore ceux dont seules quelques clauses auront été soustraites à la négociation.

Si l'on peut identifier une convergence sur le caractère non-négocié de la clause, la seconde condition en revanche, qui exige que la clause ne porte ni sur le prix ni sur l'objet principal du contrat, marque la division entre les champs d'application des différents textes **(Chapitre II)**. Cette condition est en effet absente de la disposition du code de commerce

28 M.MEKKI : La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 45, 11 Novembre 2016, act. 1190 : Réforme des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion

Chapitre II : Une clause ne portant pas sur le prix ou l'objet principal : marqueur de division

Lorsque la clause porte sur le prix ou l'objet principal du contrat, elle est expressément exclue du champ des dispositions du code de la consommation et du code civil **(Section I)**, ce qui démontre une proximité plus importante entre ces deux dispositions, qu'entre elles et celle du code de commerce. En effet, l'exclusion susvisée est absente de la disposition du code de commerce, si bien que dans le silence du texte, la jurisprudence a opté pour une conception large de celui-ci en incluant le prix dans le champ du contrôle **(Section II)**.

Section I : L'Exclusion explicite du champ des dispositions du code de la consommation et du code civil

7. Le champ du contrôle excluant l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert et les clauses portant sur la définition de l'objet principal du contrat en droit de la consommation

L'article L212-1 du code de la consommation dispose entre autre que « 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 pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible »

Comment identifier clairement l'étendue de cette exclusion du champ du contrôle ? La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne est éclairante sur ce point. La distinction déterminante est celle entre les clauses accessoires qui seront inclues dans le champ du contrôle, et les clauses portant sur l'objet principal qui en seront exclues. La CJUE a décidé, dans un arrêt[29] du 30 avril 2014, que le champ du contrôle était limité aux « clauses qui revêtent un caractère accessoire par rapport à celles qui définissent l'essence même du rapport contractuel ». Les clauses portant sur la définition de l'objet principal du contrat doivent quant à elles s'entendre « comme étant celles qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci »[30]

29 CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c/ OTP Jelzálogbank Zrt

30 CJUE, 23 avr. 2015, aff. C-96/14, Van Hove c/ CNP Assurances SA : ECLI : EU : C : 2015 :262

Les clauses accessoires sont donc celles qui, sans fixer les prestations essentielles du contrat, y apportent toutefois des restrictions ou des extensions, en encadrent les modalités d'exécution, y ajoutent des obligations particulières ou répartissent les risques. La frontière entre les clauses accessoires ou non (et donc entre les clauses contrôlables ou non) reste relativement floue.

En tout état de cause, l'exclusion du contrôle de la lésion sur le fondement de l'article 212-1 du code de la consommation semble opportune.

En effet, une protection excessive du contractant faible aurait pour conséquence de réduire à néant la liberté contractuelle. Dans la mesure où le prix constitue pour le professionnel l'essentiel de la contrepartie qu'il trouve dans la conclusion d'un contrat avec un consommateur, remettre au juge le pouvoir de sanctionner les clauses portant sur le prix, ce serait lui donner un pouvoir de contrôle sur le marché et de détermination du "juste prix". Or, il n'existe aucun critère juridique objectif permettant de déterminer ce "juste prix". Admettre le contrôle de la lésion, ce serait donc donner au juge un pouvoir d'appréciation souverain du prix et ce faisant, nier toute liberté aux opérateurs économiques en les plaçant sous le joug d'une instance étatique, créant ainsi une situation d'insécurité juridique extrême dans laquelle le professionnel serait bien en peine d'anticiper le devenir des clauses de prix stipulées.

On pourrait arguer néanmoins que ce sont justement les clauses portant sur le prix ou les prestations essentielles du contrat qui peuvent créer les déséquilibre les plus importants. La loi n'est pas aveugle à cette observation puisque le code civil comporte des dispositions permettant le contrôle de la lésion dans tous les contrats mais uniquement lorsque la contrepartie revêt un caractère illusoire ou dérisoire : il faut donc un déséquilibre particulièrement important pour sanctionner la lésion.

De la même façon, les clauses privant "de sa substance l'obligation essentielle du débiteur" est contrôlée dans tout contrat par le dispositif de l'article 1170 du code civil qui répute non-écrite de telles clauses. Là encore, comme pour la lésion, il faut altérer de façon particulièrement grave l'obligation essentielle du contrat pour qu'un contrôle soit effectué. Cette limitation du contrôle de ces clauses "principales" aux atteintes les plus graves est opportune en ce qu'elle permet de préserver la liberté contractuelle, la force obligatoire des contrats, et la sécurité juridique. Cet article 1170 trouvera certainement à s'appliquer à certaines clauses limitatives de responsabilité, ou aux

clauses d'exclusion de garantie dans les contrats d'assurance. Dans la jurisprudence "Chronopost"[31], le juge anéantissait, sur le fondement de la cause (notion à laquelle la réforme a préféré celle d'objet licite et certain mais « dont les fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, demeurent »[32]), la clause (limitative de responsabilité en l'occurrence) qui « contredisait la portée de l'obligation essentielle ». La consécration de cette jurisprudence dans le code civil a quelque peu déformé la règle prétorienne en repoussant le seuil de tolérance par le critère, dont les contours restent encore à définir, de la privation de la substance de l'obligation essentielle. Si ce critère est plus exigeant qu'auparavant, en contrepartie, le contrôle a été assurément étendu à tous les contrats, et donc pas seulement aux contrats d'adhésion à la différence du contrôle du déséquilibre significatif.

Pour ne pas être excessif, le contrôle doit être basé sur des critères d'autant plus exigeants que son champ est large et que la sanction dont il est assorti est lourde. On peut identifier ce schéma en comparant les trois dispositions du code civil permettant le contrôle du contenu déséquilibré du contrat (articles 1169, 1170 et 1171 du code civil). En d'autres termes, le marteau de la justice peut frapper fort, mais cette force doit être adaptée à la situation.

8. La même exclusion dans le code civil

Contrairement à la disposition du code de commerce, celles du code civil et du code de la consommation excluent du champ du contrôle, en des termes similaires, les clauses portant sur l'objet principal du contrant ou sur l'adéquation du prix à la prestation.

Comme nous l'avons déjà souligné, la lésion faisant l'objet d'un contrôle par le biais d'une autre disposition du code civil (article 1169), il aurait été particulièrement malvenu d'instaurer, deux articles plus loin, un contrôle concurrent par le biais du déséquilibre significatif...

La disposition du code de commerce n'exclut pas quant à elle les clauses portant sur le prix ou l'objet principal du contrat ***(Section II).***

31 Cass. com., 22 oct. 1996 : Bull. civ. IV, n° 261
32 Hugues de LA FORGE, Construction - Urbanisme n° 11, Novembre 2016, étude 13

Section II : L'inclusion dans le champ de la disposition du code de commerce.

10. Toute clause contrôlable en droit commercial

Une interprétation littérale de la disposition du code de commerce permet d'affirmer que tout type de clause est contrôlable car le texte ne met en place aucune limite quant au type de clause susceptible d'être soumise au contrôle. La question s'est néanmoins posée de savoir si les clauses portant sur le prix pouvaient être contrôlées. En effet, il faut rappeler que le contrôle de ces clauses est expressément écarté en droit de la consommation.

Un arrêt[33] retentissant, déjà abondamment commenté et critiqué[34] notamment pour son approbation d'une ingérence excessive du juge dans le contrat, est venu confirmer la possibilité du contrôle des clauses portant sur le prix sur le fondement de la disposition du code de commerce, faisant suite à une multitude d'arrêts de la Cour d'appel de Paris l'ayant admis (pour le contrôle du prix en application de C. com., art. L. 442-6, V. *CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° 12/01166. – CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n° 13/11059. - CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1er juill. 2015, n° 13/19251 : JurisData n° 2015-016920)*). Confirmant l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1er Juillet 2015, la chambre commerciale de la cour de cassation éclaire par la même occasion définitivement la zone d'ombre qui régnait encore sur l'étendue du champ de clauses contrôlables sur le fondement de l'article L442-6. En effet, dans le silence du texte, on aurait pu procéder par analogie avec l'article L212-2 du code de la consommation et exclure le contrôle du prix. C'est une interprétation littérale que retient la cour de cassation puisqu'elle choisit de ne pas distinguer là où la loi ne distingue pas. Le texte n'excluant pas expressément le contrôle du prix, la cour en déduit donc que celui-ci est possible.

On pourrait avancer que c'est notamment le champ d'application « effectif » réduit puisqu'il se limites aux relations entre centrales d'achats et fournisseurs de la disposition du code de commerce qui justifie que l'on puisse procéder au contrôle de toute clause, même celles portant sur le prix ou l'objet principal du contrat. Une restriction du champ du contrôle par le critère de la « soumission ou la tentative de soumission » justifie que l'on élargisse en contrepartie l'étendue du contrôle. Il y a toujours une justification de ce contrôle de la lésion ou de l'objet principal du contrat par la

33 Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, FS-P+B, Galec SAC c/ Min. Éco. : JurisData n° 2017-000899

34 V. M.BEHAR-TOUCHAIS *La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales*, JCP E n° 10, 6 Mars 2017, doctr. 255 ; F.BUY, D .2017 p.481 ; S. LE GAC-PECH, *L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion,* JCP E n° 10, 9 Mars 2017, 1135; N.MATHEY, CCC n°4, avril 2017.

« gravité », non du déséquilibre lui même entre les droits et obligations des parties (comme c'est le cas pour l'article 1169 et 1170 du code civil), mais du déséquilibre des pouvoirs dans la relation contractuelle dont résulte la « soumission » d'une partie par l'autre. On pourrait en revanche remettre en cause la justification du contrôle de la lésion si le champ d'application effectif du déséquilibre significatif du code de commerce venait à être élargi à tous les commerçants. Le déséquilibre significatif version code de commerce deviendrait alors véritablement la « machine à hacher le droit »[35] dont certains auteurs craignaient l'émergence.

La Cour de cassation justifie dans l'arrêt du 25 janvier 2017 le contrôle de la lésion par le biais de l'article L442-6-I-2° en rapprochant cet article de l'article L441-6 qui affirme le principe de libre négociabilité des prix, et de l'article L441-7 qui impose aux parties de réaliser une convention écrite précisant les obligations respectives des parties et notamment les «conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code ». La cour rappelle que « le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite » : l'entrée du déséquilibre significatif dans le code de commerce avait justement été voulue pour contrebalancer cette libre négociabilité[36] en particulier dans les relations de la grande distribution qui se caractérisent par un déséquilibre important des pouvoirs entre les parties.

La possibilité d'un contrôle de la lésion par le biais de l'article L442-6-I-2° du code de commerce peut être considérée comme opportune « tout simplement parce que cette règle a été conçue en contemplation, non pas des contrats d'adhésion, mais des contrats de dépendance, dans lesquels il ne s'agit pas de protéger un consommateur contre les *déséquilibres cachés dans le détail*, mais de sanctionner un distributeur pour des *déséquilibres arrachés souvent sur le principal*»[37]

Ne pas ouvrir cette possibilité du contrôle de la lésion aurait en effet grandement limité l'efficacité du contrôle du déséquilibre significatif du code de commerce. C'est donc « uniquement parce qu'ils n'avaient pas perçu la spécificité du contrat de dépendance par rapport au contrat d'adhésion, que certains avaient cru pouvoir dénoncer le prétendu paradoxe d'une plus grande protection du professionnel"[38]

35 M. Behar-Touchais, Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I,2º du Code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit » : RLC 2010, n° 23.

36 V. en ce sens : N. MATHEY, *Du déséquilibre significatif*, CCC 2011

37 F.CHENEDE - *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme*, D. 2015. 1226

38 F. CHENEDE : *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil*, JCP n° 27, 4 Juillet 2016, 776

Au terme de cette partie, le schéma des clauses susceptibles d'être soumises au contrôle du déséquilibre significatif apparaît assez clairement, et ce malgré les quelques incertitudes qui demeurent quant à l'interprétation des nouvelles dispositions du code civil. Une clause sera donc contrôlable par l'un au moins des dispositifs de sanction du déséquilibre significatif si elle n'a pas été négociée et si elle ne porte ni sur le prix ni sur l'objet principal, exception qui n'apparaît pas dans la disposition code de commerce, qui a toutefois un champ d'application effectif restreint aux relations de la grande distribution mais qui pourrait potentiellement être plus large.

Une fois déterminée comme étant « contrôlable », la clause connaîtra-t-elle un traitement similaire selon le dispositif auquel elle sera soumise ? La réponse est assurément négative : l'exercice du contrôle du déséquilibre significatif révèle les différences existant entre les régimes instaurés par les différents dispositifs **(Partie II)**. Le déséquilibre significatif apparaît alors comme une notion plurielle.

Partie II : L'exercice du contrôle : des régimes distincts

Selon le dispositif de contrôle auquel la clause aura été soumise, le traitement qui lui sera réservé sera différent.

Il apparaît donc clairement une divergence dans la caractérisation du déséquilibre significatif entre les différents dispositifs **(Chapitre I)**, ce qui montre le caractère pluriel de la notion**.** Les sanctions, qui se veulent adaptées à chaque situation, différent également selon le dispositif appliqué **(Chapitre II).**

Chapitre I : La caractérisation du déséquilibre significatif, notion plurielle

Les divergences dans la caractérisation du déséquilibre significatif entre les différents dispositifs, justifiées par leurs objectifs distincts, apparaissent clairement sur le plan des critères du déséquilibre significatif ***(Section I)***. Au contraire, la méthode d'appréciation du déséquilibre est quant à elle unifiée ***(Section II).***

Section I : Des divergences dans les critères du déséquilibre significatif

11. Au delà des divergences entre les textes : un profil-type de la clause créant un déséquilibre significatif

Le juge décidera qu'une clause crée un déséquilibre significatif en utilisant la méthode du faisceau d'indice.

Le premier indice permettant de déceler un déséquilibre significatif, c'est le fait que la clause déroge à une règle supplétive, soit en privant une partie d'un droit, soit en mettant à sa charge une obligation supplémentaire. Toute dérogation à une règle supplétive suppose d'être justifiée : dans le cas contraire elle sera vue d'un mauvais œil par le juge.

A contrario, une clause conforme à la loi ou au règlement écarte la qualification de clause abusive sur le fondement du code de la consommation, comme le confirme un arrêt récent (Cass. 1re civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.621) . Il y a fort à parier que la conformité à la loi ou au règlement chassera également le déséquilibre dans tout contrat d'adhésion[39].

39 V. J.B. SEUBE : Chronique Technique contractuelle, JCP E n° 1, 5 Janvier 2017, 1006

Le second indice du déséquilibre significatif est l'absence de réciprocité. Ainsi, une clause privant l'une des parties d'un droit tout en le conservant pour l'autre partie, ou une clause conférant une prérogative à l'une des parties sans la conférer à l'autre, s'exposent à ce qu'un déséquilibre significatif y soit décelé.

En tout état de cause, une clause justifiée aura moins de chance d'être considérée comme créant un déséquilibre significatif.

12. Des présomptions en droit de la consommation, tirées des avis de la commission des clauses abusives

Le décret du 18 mars 2009 a introduit, aux articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation, désormais articles R212-1 et R212-2 (depuis le décret[40] du 29 juin 2016) des listes de clauses respectivement dites "noires" et "grises", établies après avis de la Commission des clauses abusives.

Les clauses noires, listées à l'article R212-1 du code de la consommation, sont celles qui *« eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa »*[41]. L'article R212-2 liste quant à lui les clauses grises, qui sont simplement "*présumées abusives*[42]*»*.

La première liste, celle des clauses noires, interdit donc purement et simplement la stipulation des clauses auxquelles elle fait référence. Les clauses grises en revanche, ne sont pas interdites mais la charge de la preuve pèse sur le professionnel et non sur le consommateur. Il appartient donc au professionnel de prouver que la clause n'est pas abusive et non au consommateur de rapporter la preuve du déséquilibre significatif. L'instauration de cette liste grise a assurément conféré une protection supplémentaire au consommateur.

Ces listes font office de véritables guides rédactionnels à l'usage des professionnels qui peuvent prévoir lors de la rédaction de leurs contrats, les clauses susceptibles de correspondre à l'une de celles mentionnées dans ces listes. Toutefois, la rançon de cette prévisibilité, c'est la rigidité

40 Décret n°2016-884

41 C.Conso., art. L212-1

42 C.Conso., art. L212-1

qu'instaurent les listes.

En particulier pour ce qui est des clauses noires, le fait que la clause soit irréfragablement présumée abusive prive en effet le professionnel de toute possibilité de démontrer in concreto que la clause est justifiée et qu'elle ne crée donc pas de déséquilibre significatif au sens de l'article L212-1 du Code de la consommation. La fermeture à toute analyse concrète des clauses crée une rigidité peut être excessive... et confirme au demeurant la thèse selon laquelle le consommateur serait un "incapable majeur"[43] dont les rapports avec les professionnels sont susceptibles d'être automatiquement régulés sans que l'une ni l'autre des parties ne puisse intervenir, le consommateur étant en quelque sorte placé sous la tutelle du juge et du législateur. Le mécanisme des présomptions irréfragables et simples applicables à une liste de clause renforce en tout état de cause considérablement la protection du consommateur et définit par la même les contours des critères du déséquilibre significatif version code de la consommation.

13. L'inexistence d'une contrepartie : critère de prédilection du déséquilibre significatif de l'article L442-6 du code de commerce

Si la soumission au sens de l'article L442-6-I-2° est présumée dans les rapports entre grand distributeur et fournisseur, le déséquilibre significatif au sens de cet article ne bénéficie d'aucune présomption (et d'aucune définition), contrairement à celui du code de la consommation.

La jurisprudence confirme qu'il est possible pour le partenaire commercial ayant stipulé une clause déséquilibrée, d'apporter la preuve que celle-ci est justifiée par une contrepartie. Dès la première application de L442-6,I,2° par un tribunal (le tribunal de commerce de Lille en 2010 dans l'affaire Castorama)[44], le juge a sanctionné une clause au motif qu'elle conférait au distributeur un avantage sans réciprocité ni contrepartie.. La cour d'appel de Paris retient la même approche dans son arrêt du 18 septembre 2013[45] et estime que «le déséquilibre significatif peut être établi par l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties», et que « le Galec ne démontre pas que ce déséquilibre aurait été compensé par une obligation ou une contrepartie pécuniaire qu'il aurait prise en charge ou qu'il participerait de l'économie de ses relations avec les fournisseurs ».

43 Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., Les obligations, Defrénois, 2005, sp. N° 423, précité

44 T. com. Lille, 6 janv 2010, n° 2009/05184, Ministre de l'Économie c/ Castorama ; Behar- Touchais M., Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit » ?, préc.)

45 CA Paris, 18 sept. 2013, Galec c/ Ministre de l'Économie

La même approche est retenue dans l'affaire EMC Distribution[46], dans laquelle la cour a estimé que la centrale d'achat ne démontrait pas que les obligations sanctionnées étaient contrebalancées par d'autres. Idem dans l'affaire Provera[47], dans laquelle la CA de Paris a retenu que « la société Provera ne justifie pas que d'autres éléments de la convention peuvent justifier un tel déséquilibre »

A la lecture de l'arrêt[48] du 25 janvier 2017 précité, on s'aperçoit que le juge, en se livrant à une interprétation contra legem des textes, fait revivre l'exigence, qui s'était éteinte avec la loi LME, d'une justification des conditions particulières de vente.

En effet, le contrôle du déséquilibre significatif au sens du code de commerce pouvant porter sur les clauses relatives au prix (cf supra, n°10), l'exigence d'une contrepartie s'applique aussi à ces clauses. Pourtant, la loi LME avait mis fin à l'exigence d'une justification du prix en posant le principe de la libre négociabilité des prix. La Cour de cassation retient pourtant "que la libre négociabilité tarifaire se traduit notamment, pour le fournisseur, par la possibilité, prévue à l'article L. 441-6 du code de commerce, de convenir avec le distributeur de conditions particulières de vente, mais que les obligations auxquelles les parties s'engagent en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale doivent néanmoins être formalisées dans une convention écrite", que " la formalisation des engagements des parties dans un document unique doit permettre à l'administration d'exercer un contrôle *a posteriori* sur la négociation commerciale et sur les engagements pris par les cocontractants et que par conséquent "le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants...peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-6, I, 2o du code de commerce"

La cour de cassation exige donc qu'il existe une contrepartie clairement définie et surtout écrite aux conditions particulières de vente. Elle rétablit ce faisant, contre la volonté du législateur, l'exigence d'une contrepartie "ligne à ligne". Cette solution clairement contra legem révèle la volonté du juge, que certains qualifient même de "prise de pouvoir"[49], de sanctionner le plus largement possible les abus dans la grande distribution.

14. L'approche unifiée du déséquilibre significatif par le Conseil constitutionnel

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 janvier 2017, précité, est décidément riche

46 CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, EMC Distribution c/ Ministre de l'Économie
47 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, Provera France c/ Ministre de l'Économie
48 *Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, FS-P+B, Galec SAC c/ Min. Éco.*
49 M.BEHAR-TOUCHAIS *La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales*, JCP E n° 10, 6 Mars 2017, préc.

d'enseignements. La cour retient en effet «que la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2o du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision no 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a 4 135 entendu protéger et à la nature des contrats concernés ».

La décision du Conseil constitutionnel mentionnée dans cet attendu est intervenue suite à une question prioritaire de constitutionnalité de la société Darty, qui invitait le Conseil constitutionnel à confronter l'article L442-6,I,2° du code de commerce au principe de légalité des délits et des peines. Le Conseil constitutionnel a estimé dans cette décision que le texte était conforme au principe de légalité des délits et des peines car il était suffisamment clair. Le Conseil constitutionnel s'est basé sur plusieurs motifs.

Le Conseil constitutionnel s'appuie notamment sur la préexistence de la notion dans la directive n° 93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation . Le Conseil constitutionnel rappelle également que l'article L. 442-6, III, 6° donne la possibilité à la juridiction appelée à caractériser un déséquilibre significatif, de solliciter l'avis de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, qui « *apparaît de plus en plus, comme l'alter ego, sur le versant professionnel, de la Commission des clauses abusives*»[50] .

Mais l'argument le plus important développé par le Conseil constitutionnel, c'est que la notion de déséquilibre significatif n'est pas nouvelle puisque le code de la consommation y faisait déjà référence et que cette disposition a déjà donné lieu à une jurisprudence abondante. Le Conseil Constitutionnel estime en effet que « *le législateur s'est référé à la notion de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation (...); 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 ne puisse encourir la critique d'arbitraire*».

Le Conseil constitutionnel opère là un rapprochement entre la notion de déséquilibre significatif du code la consommation, et celle du code de commerce et invite à une interprétation unifiée de la notion de déséquilibre significatif. Cet appel a bien été entendu par les juridictions. En effet, La

50 M. CHAGNY, *Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence*, RDC 2009. 1642

cour d'appel de Paris, dans l'affaire Galec[51]. fait référence aux clauses noires listée à l'article R. et retient que «ces règles peuvent inspirer l'application de l'article L 442-6, I, 2° du code du commerce». L'arrêt de la cour de cassation du 27 janvier 2017 ayant confirmé cet arrêt d'appel, va plus loin. En effet, le juge assortit l'affirmation du principe de l'admission du contrôle du prix par le biais du déséquilibre significatif, qui peut sembler contradictoire avec la décision du conseil constitutionnel, d'une nécessaire justification de cette admission. La Cour nous livre donc une interprétation de la décision du conseil constitutionnel, qui selon elle, tout en soulignant les similitudes existant entre le déséquilibre significatif du code de commerce et celui du code de la consommation, ne s'oppose pas à ce qu'il existe des différences de régime entre les deux dispositions, dès lors que les objectifs poursuivis par le législateur diffèrent d'un texte à l'autre.

La notion de déséquilibre significatif est donc définitivement une notion à géométrie variable, que le législateur a voulu adaptative.

L'objectif du législateur est certes, dans les deux dispositifs spéciaux du code de la consommation et du code de commerce, et aujourd'hui également dans le droit commun, de contrebalancer le déséquilibre dans les négociations entre un contractant fort et un contractant faible par une sanction des clauses excessivement déséquilibrées qui pourraient en résulter. Toutefois, comme il a été souligné (cf Partie I, n°10), la situation appréhendée par L442-6,I,2° du code de commerce est différente de celle concernée par le code de la consommation. En particulier, les rapports entre centrales d'achats et fournisseurs, lorsque ces-derniers ne sont pas incontournables, peuvent donner lieu du fait de l'inégale répartition des forces entre les parties, à des abus qui portent principalement sur le prix[52]. Ainsi, si la disposition du code de la consommation, comme celle du code civil, sanctionnent les abus qui résultent d'un défaut de négociation, la disposition du code de commerce contrebalance quant à elle le principe de libre négociabilité des prix instauré par la loi LME[53]

Les divergences dans les critères du déséquilibre significatif selon le dispositif dans lequel il est sanctionné révèlent le caractère pluriel de cette notion. On peut néanmoins identifier une unicité dans la méthode d'appréciation du déséquilibre ***(Section II).***

Section II : Une convergence dans la méthode d'appréciation du déséquilibre significatif

51 CA Paris, 18 sept 2013, Galec c/ Ministre de l'Économie, préc.
52 V. F.CHENEDE - *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme*, D. 2015. 1226, préc.
53 V. en ce sens : N. MATHEY, *Du déséquilibre significatif*, CCC 2011

15. La généralisation de la méthode d'appréciation globale

L'article L212-1 du code de la consommation mentionne expressément le recours à une méthode globale d'appréciation du déséquilibre significatif. Il dispose en effet que : « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution».

Le juge est donc invité dans le champ du droit de la consommation à prendre en considération l'environnement contractuel pour décider si une clause crée ou non un déséquilibre significatif. Le juge cumule donc une approche clause par clause (dans le sens où chaque clause va être confrontée au "scan" des clauses noires, grises ou blanches) et une méthode d'appréciation globale du déséquilibre. En effet, si une clause peut être isolément déséquilibrée, elle peut trouver une contrepartie dans une autre clause du contrat ou même dans un autre contrat : la méthode globale d'appréciation dote le contrôle d'une souplesse bienvenue.

L'article L442-6-I-2° du code de commerce, en revanche, ne dit rien sur la méthode d'appréciation du déséquilibre significatif. Certains auteurs[54] ont considéré que le terme "obligations" permettait de confronter la clause au contrat dans sa globalité, voire même à l'ensemble des relations contractuelles. Une clause déséquilibrée contrebalancée par une autre clause ne créerait alors pas nécessairement un déséquilibre significatif. Une approche globale dans les rapports commerciaux est particulièrement opportune car il n'est pas rare de voir entre partenaires commerciaux se développer un véritable tissu de relations contractuelles plutôt qu'un simple contrat isolé (situation correspondant plutôt au contrat de consommation).

C'est effectivement pour une appréciation globale du déséquilibre qu'a opté la Cour de cassation dans deux arrêts rendus le 3 mars 2015[55]

Dans le premier arrêt, la Cour de cassation approuve la méthode de contrôle exercée par la cour d'appel "qui a procédé à une appréciation concrète et globale des contrats en cause".

54 V. notamment M. CHAGNY, JCP G 2008, I, n° 196 ; M. MALAURIE-VIGNAL, CCC 2008, n° 238
55 *Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907*

Dans le second arrêt, la cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir "procédé à une analyse globale et concrète du contrat et apprécié le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation". Ce n'est donc pas le seul contenu du contrat ou des contrats qui permet de déceler le déséquilibre significatif mais également le contexte de leur conclusion. La méthode retenue pour le contrôle du déséquilibre significatif du code de commerce est donc conforme à la méthode imposée par l'article L212-1 du code de la consommation. Il y a donc sur ce point une convergence entre les deux dispositifs, et il y a fort à parier que le déséquilibre significatif de l'article 1171 du code civil sera apprécié selon la même méthode, à supposer que la décision du conseil constitutionnel[56] (précitée), à défaut d'unifier les critères des déséquilibres significatifs des différents textes et l'étendue des contrôles, trouve un écho sur le terrain de la méthode d'appréciation.

16. Une appréciation abstraite

Le dispositif de sanction des clauses abusives du droit de la consommation sanctionne les clauses qui ont « *pour objet ou pour effet de créer"* un déséquilibre significatif. Il est donc indifférent que la clause ait été effectivement appliquée ou pas : c'est à raison de son contenu que la clause sera sanctionnée. On sanctionne donc non pas simplement l'abus réel, mais aussi l'abus potentiel.

La même solution a été retenue pour le déséquilibre significatif du code de commerce. Dans l'affaire EMC Distribution,[57] la Cour d'appel de Paris a en effet retenu que « *la qualification d'une pratique consistant à imposer à un partenaire des obligations qui créent un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties, ou à tenter de le faire, lorsqu'elle résulte de clauses contractuelles, est indépendante de la preuve de l'application desdites clauses* »
Dans l'affaire Galec, la solution retenue est la même : « *l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce a vocation à être appliqué pour ces stipulations de pénalités qui créent un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur, peu important que les clauses soient ou non appliquées* (…) »).
Idem dans l'affaire *Provera[58] : la Cour d'appel de Paris sanctionne une clause qui rendait possible la résiliation du contrat 8 jours après envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception « restée infructueuse » par l'une ou l'autre des parties en cas de sous-performance du produit.*. Ce délai de 8 jours a été jugé insuffisant

56 Cons. const., 13 janv. 2011, déc. n° 2010-85 QPC, *Etabl. Darty et Fils*
57 CA Paris, 4 juill. 2013, EMC Distribution c/ Ministre de l'Économie, préc
58 CA Paris, 20 nov. 2013, Provera France c/ Ministre de l'Économie, préc.).

La cour d'appel est aveugle au fait que le distributeur avait pu démontrer que certains fournisseurs avaient appliqué cette clause à leur bénéfice. Pourtant, la clause est censurée car le délai de 8 jours est jugé insuffisant pour permettre au fournisseur de réparer le manquement. Le juge suit donc l'interprétation abstraite et théorique retenue par le ministre et sanctionne la clause en tant que telle. Le déséquilibre significatif du code de commerce, comme celui du code de la consommation, sont donc sanctionnés « *per se* ». Si cette conception du déséquilibre significatif renforce la protection de la partie faible, elle présente néanmoins le vice de la rigidité (cf supra n° 12)

17. Code de la consommation : l'obligation du juge de relever d'office la clause abusive

Dans un arrêt du 3 novembre 2016[59], la Cour de cassation rappelle l'obligation, résultant de l'article R632-1 du Code de la consommation, pour les juges du fond de relever d'office dans les contrats de consommation, le déséquilibre significatif créé par une clause. La Cour de cassation casse donc pour violation de cette obligation, l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble qui n'avait pas relevé d'office une clause jugée abusive.

Cette règle renforce la protection du consommateur et pallie son éventuelle méconnaissance de ses propres droits. Encore une fois, le consommateur est placé sous la "tutelle" du juge.

Dans le cadre de l'application de L442-6,I,2° du Code de commerce et de l'article 1171 du code civil, le juge n'est en revanche doté ni de l'obligation, ni même expressément de la faculté de relever d'office le déséquilibre significatif créé par une clause. Ainsi, on peut encore identifier une divergence entre le régime du code de la consommation d'une part et ceux du code civil et du code de commerce d'autre part.

La distinction entre les différents régimes se retrouve autant dans la caractérisation du déséquilibre significatif que dans les sanctions qui peuvent résulter de celle-ci **(Chapitre II)**, modulées selon l'objectif particulier poursuivi par chaque dispositif .

Chapitre II : Des sanctions distinctes

Si les sanctions instaurées par la disposition du code civil et celle du code de la consommation semblent poursuivre un but de rééquilibrage du contrat **(Section I)**, ce but n'est que secondaire dans

59 Cass. 1re civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.621, F-P+B, UFC Que choisir de l'Isère c/ Assoc. Congrégation Notre-Dame de charité du bon pasteur

la disposition du code de commerce, dont les sanctions ont une visée clairement répressive **(Section II)**.

Section I : Code de la consommation et code civil : le rééquilibrage du contrat

18, La clause réputée non-écrite dans le code de la consommation comme dans le code civil

L'article 1171 du code civil et l'article L212-1 du code de la consommation prévoient la même sanction pour la clause créant un déséquilibre significatif : celle du "réputé non écrit", utilisée également dans la sanction des causes léonines (art. 1844-1 du code civil). Le cumul de l'article L 212-1 du Code de la consommation et de l'article 1171 du code civil ne présente donc un intérêt que si le déséquilibre significatif du code civil peut être interprété plus largement que celui du code de la consommation, ce qui ne sera certainement pas le cas...

Le code de la consommation prévoit également une sanction administrative (article L241-2) qui peut être qualifiée de négligeable en comparaison avec les sanctions du déséquilibre significatif du code de commerce (3000 euros au maximum pour les personnes physiques et 15 000 euros pour les personnes morales), d'autant plus que cette sanction ne s'applique qu'en cas de stipulation d'une clause noire.

La clause réputée non écrite sera considérée comme n'ayant jamais été stipulée. Cette sanction n'a aucun impact sur le contrat dans son ensemble, qui survit à la disparition de la clause abusive (v. Art.. 1884, al.2 du Code civil). Le réputé non écrit permet donc au contrat de survivre après avoir été rééquilibré par l'amputation des clauses qui créaient un déséquilibre significatif. Ce mécanisme est avantageux pour le consommateur ou l'adhérent car il ne risque pas, en se prévalant du caractère abusif d'une clause, de voir l'intégralité du contrat anéantie.

Si la clause litigieuse dérogeait à une règle supplétive, la suppression de cette clause entraînera l'application de cette règle supplétive.

Les textes n'envisagent pas qu'une clause puisse être réputée non écrite de façon partielle. Pourtant,

la jurisprudence[60] a déjà admis que seule la partie de la clause jugée illicite soit supprimée, et non la clause dans son ensemble. Il faudra bien sûr, pour sa survivance, que la clause soit valable même en ayant été amputée de la partie illicite qu'elle contenait. Certaine clauses perdront nécessairement tout sens en étant ôtées de leur partie illicite. On peut songer par exemple à une clause limitative de responsabilité qui écarterait purement et simplement toute responsabilité : celle-ci serait réputée non écrite dans son intégralité, alors qu'une clause qui contiendrait une énumération des cas d'irresponsabilité pourrait survivre partiellement.

La sanction du réputé non écrit apparaît donc comme un outil de rééquilibrage du contrat plus que comme une sanction répressive.

La partie contre laquelle aura été stipulée la clause abusive pourra toujours agir sur le fondement de la responsabilité délictuellepour obtenir une réparation (et non contractuelle, car la stipulation d'un clause abusive constitue est une faute de nature précontractuelle). Il devra alors rapporter la preuve du préjudice causé par la stipulation de la clause abusive.

L'action visant à faire appliquer à une clause la sanction du réputé non écrit est par ailleurs imprescriptible[61].

La disposition du code de commerce prévoit quant à elle des sanctions plus répressives **(Section II)**

Section II : Code de commerce : une visée répressive.

60. V. Notamment *Cass. soc., 9 avr. 2015, n° 13-25.847, D. 2015, p. 872*
61 A. HONTEBEYRIE*, Article 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance :* D. 2016, p. 2180

19. Des sanctions adaptées au champ d'application effectif de l'article L442-6,I,2° du Code de commerce, limité à la grande distribution

L'article L442-6,I prévoit, pour chacune des pratiques qu'il vise, la responsabilité de l'auteur de la pratique et la réparation par celui-ci du préjudice causé à son partenaire commercial.

L'anéantissement de la clause n'est prévu que dans l'hypothèse d'une action du ministre de l'économie, du ministère public, ou du président de l'autorité de la concurrence (L442-6,III, al.2). Ces personnes disposent en effet d'une "action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence" (rappelée dans l'arrêt Galec[62] précité)

Il faut noter qu'un déséquilibre significatif n'est que très exceptionnellement caractérisé dans le cas d'une action initiée par la victime de la pratique. Au contraire, les actions du ministre de l'économie sont souvent couronnées de succès, le juge accédant dans la plupart des cas à ses demandes. Le ministre a à sa disposition un panel de sanction. Il peut tout d'abord faire constater la nullité des clauses. Cette possibilité a été ouverte également à la victime depuis un arrêt[63] de la Cour d'appel de Nîmes qui a estimé que «*dès lors qu'une clause d'une convention ou d'un contrat prévoit l'obligation d'exécuter une obligation prohibée par des dispositions d'ordre public, telles celles prévues à l'article L. 442-6, I, cette obligation repose nécessairement sur une cause illicite, atteinte donc de nullité relative au sens de l'article 1131 ; elle peut ainsi être annulée lorsqu'elle est requise par la partie protégée ou tout intéressé".* Dès lors, un cumul de l'article L442-6,I,2° et de l'article 1171 du code civil n'aurait pas réellement d'intérêt car la nullité de la clause peut être obtenue sur le fondement de la disposition du code de commerce.

Le ministre peu également demander la répétition de l'indu (le Galec a été condamné à reverser 61 millions d'euros sur ce fondement aux fournisseurs victimes du déséquilibre significatif), ainsi que la réparation du préjudice subi.

La répression va encore plus loin, puisqu'au delà des sanctions précitées qui visent à rétablir un équilibre dans le contrat, le ministre peut également demander le prononcé d'une amende civile, dont le plafond a été augmenté par différentes lois. Cette amende pouvait initialement être d'un montant maximum de 2 millions d'euros, ou pouvait être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La loi[64] Macron est venue ajouter la possibilité de porter l'amende civile "de

62 Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, FS-P+B, Galec SAC c/ Min. Éco., préc.
63 Cour d'appel de Nîmes, 25 février 2010, n° 07/00606
64 LOI n°2015-990 du 6 août 2015

manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur..". La loi[65] SAPIN 2 a augmenté le plafond de 2 millions d'euros à 5 millions d'euros.

L'auteur s'expose enfin à une publication systématique des condamnations, à ses frais.

Initialement déjà à visée clairement répressive, les sanctions des pratiques restrictives de concurrence se sont encore alourdies, témoignant de la volonté du législateur de créer une puissante arme de dissuasion, et si nécessaire de répression, à laquelle le ministre de l'économie et le juge n'hésitent pas à avoir recours : par exemple dans l'arrêt GALEC précité, le groupement d'achat a été condamné non seulement à la répétition de l'indu d'un montant de 61 millions d'euros mais aussi à une amende civile de 2 millions d'euros.

Cet important potentiel répressif justifie que le déséquilibre significatif du code de commerce ne soit caractérisé, et donc sanctionné, sauf très rares exceptions, que dans les relations entre centrales d'achats et fournisseurs caractérisées par un déséquilibre considérable des pouvoirs. Ces sanctions sont proportionnelles à la puissance d'achat des centrales d'achat, dont la survie ne sera pas remise en cause même en cas d'amende maximum. Une telle répression ne serait pas justifiée dans le doit de la consommation (et a fortiori dans le droit commun), car les professionnels concernés peuvent être d'envergure variable.

CONCLUSION

L'instauration d'une disposition protectrice et la définition de son champ d'application présuppose

65 LOI n°2016-1691 du 9 décembre 2016 - art. 101

« d'identifier le besoin de protection auquel il y a lieu de répondre »[66].

Le besoin de protection auquel répond le contrôle des clauses créant un déséquilibre significatif est très clair. En effet, dans certaines relations contractuelles, le déséquilibre des pouvoirs entre les parties est tel que la rédaction du contrat en devient unilatérale, l'une des parties tenant la plume, et l'autre n'ayant le choix que de contracter ou non. Cette absence de négociation des contrats ouvre la porte à des conditions abusives.

Le contrôle du déséquilibre significatif a été instauré en contemplation de ce type de relations. Le législateur a d'abord instauré par le biais de cette notion, un contrôle des relations entre consommateur et professionnel, puis un contrôle des relations entre partenaires commerciaux lorsque peut être caractérisé une soumission de l'un par l'autre. Dans ces relations, la négociation du contrat est exclue. Ainsi, par un mécanisme d'induction, le législateur a généralisé le contrôle du déséquilibre significatif à tous les contrats non-négociés (par le biais de la notion de contrat d'adhésion).

Les clauses susceptibles d'être contrôlées sont donc toutes les clauses non-négociées...

Toutes ? Non, certaines clauses résistent encore et toujours à l'envahisseur : il s'agit des clauses portant sur le prix ou l'objet principal du contrat. En effet, le juge n'a pas vocation à déterminer le juste prix, et l'instauration d'un tel contrôle aurait permis une ingérence excessive du juge dans la loi des parties.

Pourtant, dans le domaine du droit commercial, le contrôle du prix par le biais du déséquilibre significatif est admis.

Force est de constater que le déséquilibre significatif prend une teinte particulière dans le code de commerce : il ne s'applique effectivement que dans les relations de la grande distribution dont la spécificité justifie à la fois des critères particuliers (le déséquilibre significatif étant caractérisé en l'absence de contrepartie suffisante à une obligation), l'admission du contrôle des clauses portant sur le prix (les *déséquilibres étant dans ces relations « arrachés souvent sur le principal »*[67]), mais également des sanctions répressives à l'échelle de la puissance des opérateurs sanctionnés et allant

66 Sophie GAUDEMET *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil,* CCC n° 5, Mai 2016, dossier 5

67 *F.CHENEDE - Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme,* D. 2015. 1226, préc.

bien au delà du simple anéantissement de la clause sanctionnée.

La cour de cassation, par un interprétation extensive d'une décision du conseil constitutionnel, valide les différences de régimes qui peuvent exister entre les différents dispositifs sanctionnant les clauses créant un déséquilibre significatif. La notion de déséquilibre significatif apparaît donc comme une notion à géométrie variable, et adaptative.

Si les contours de la notion dans le code de la consommation et dans le code de commerce se dessinent au fur et à mesure des prises de position de la jurisprudence et des évolutions législatives, la nouvelle disposition du code civil fait naître bien des incertitudes quant à l'interprétation qu'il sera faite de ce déséquilibre significatif naissant.

En somme, la clause créant un déséquilibre significatif a toujours pour caractéristique de n'avoir pas été négocié, et à présent cette caractéristique suffit à la soumettre au contrôle (les clauses de prix n'étant toutefois contrôlées par le biais de cette notion que dans les rapports entre partenaires commerciaux). En revanche, le déséquilibre significatif créé par cette clause peut être variable : il ne sera pas caractérisé selon des critères identiques d'un dispositif à l'autre... ni sanctionné de la même façon.

En tout état de cause, la faculté de sanctionner les clauses créant un déséquilibre significatif est une arme redoutable qui a été mise entre les mains du juge... et l'utilisation qu'il en fait (notamment pour le déséquilibre significatif version code de commerce) est considérée par certains auteurs comme excessive[68].

Protection ou liberté ? Il semble que juge et législateur penchent pour la première...

TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE.....5

68 V. notamment M.BEHAR-TOUCHAIS *La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales*, JCP E n° 10, 6 Mars 2017, doctr. 255, préc.

Introduction.....6

Partie I : L'identification des clauses contrôlables : un duo de conditions.....11

Chapitre I : L'absence de négociation : marqueur d'unicité.....11

Section I : Avant la réforme : un dispositif dual, une condition sous-jacente commune.....12

1. Des critères purement personnels en droit de la consommation : une absence de négociation irréfragablement présumée. 12
2. Des critères personnels en droit commercial : une relation entre partenaire commerciaux 14
3. Un critère subjectif en droit commercial : la soumission ou la tentative de soumission. 15

Section II : L'extension imprécise du domaine par la réforme du droit des contrats.....16

4. Le critère du contrat d'adhésion, notion imprécise.....16
5. Une disposition de droit commun ?.....20
6. Le champ d'application de l'article 1171 englobant et sublimant ceux des dispositifs spéciaux préexistants.....21

Chapitre II : Une clause ne portant pas sur le prix ou l'objet principal : marqueur de division.....23

Section I : L'Exclusion explicite du champ des dispositions du code de la consommation et du code civil.....23

7. Le champ du contrôle excluant l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert et les clauses portant sur la définition de l'objet principal du contrat en droit de la consommation.....23
8. La même exclusion dans le code civil.....25

Section II : L'inclusion dans le champ de la disposition du code de commerce.....26

10. Toute clause contrôlable en droit commercial.....26

Partie II : L'exercice du contrôle : des régimes distincts.....29

Chapitre I : La caractérisation du déséquilibre significatif, notion plurielle. .29

Section I : Des divergences dans les critères du déséquilibre significatif 29
11. Au delà des divergences entre les textes : un profil-type de la clause créant un déséquilibre significatif.....29
12. Des présomptions en droit de la consommation, tirées des avis de la commission des clauses abusives.....30
13. L'inexistence d'une contrepartie : critère de prédilection du déséquilibre significatif de l'article L442-6 du code de commerce.....31
14. L'approche unifiée du déséquilibre significatif par le Conseil constitutionnel.....33

Section II : Une convergence dans la méthode d'appréciation du déséquilibre significatif....35
15. La généralisation de la méthode d'appréciation globale.....35
16. Une appréciation abstraite.....36
17. Code de la consommation : l'obligation du juge de relever d'office la clause abusive. .37

Chapitre II : Des sanctions distinctes.....38

Section I : Code de la consommation et code civil : le rééquilibrage du contrat.....38
18, La clause réputée non-écrite dans le code de la consommation comme dans le code civil.....38

Section II : Code de commerce : une visée répressive.....40
19. Des sanctions adaptées au champ d'application effectif de l'article L442-6,I,2° du Code de commerce, limité à la grande distribution.....40

CONCLUSION.....42

TABLES DES MATIERES.....44

BIBLIOGRAPHIE.....46

BIBLIOGRAPHIE

Contrats Concurrence Consommation (CCC)

- N.MATHEY : CCC n° 3, Mars 2015, comm. 66
- N. MATHEY, CCC n° 10, Octobre 2016, comm. 215
- N MATHEY : CCC n° 12, Décembre 2016, comm. 253
- N.MATHEY, CCC n°4, avril 2017.
- N. MATHEY, *Du déséquilibre significatif*, CCC 2011
- N.MATHEY, *Déséquilibre significatif et détermination du prix,* CCC n°3, mars 2015, comm. 65
- S.GAUDEMET *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil,* CCC n° 5, Mai 2016, dossier 5
- M. MALAURIE-VIGNAL, CCC 2008, n° 238
- S.BERNHEIM-DESVAUX : CCC n° 1, Janvier 2017, comm. 22 : *Clause abusive, clause illicite et relevé d'office du juge*
- S.BERNHEIM-DESVAUX, CCC n° 7, Juillet 2016, comm. 176 *Mise en œuvre du devoir du juge de relever d'office les clauses abusives*

Recueil Dalloz

- A. HONTEBEYRIE*, Article 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance :* D. 2016, p. 2180
- F. CHENEDE : *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme : D. 2015*
- T. REVET, Les critères du contrat d'adhésion – D. 2016
- F.BUY*,* D .2017

Juris-Classeur Périodique (La Semaine juridique)

- F-X. LICARI : Fasc. 50 : *Déséquilibre significatif du contrat,* 23 Janvier 2017
- R. LOIR, *Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-*

professionnel, JCP E n° 27-28, 7 Juillet 2016, 1402

- M.MEKKI : La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 45, 11 Novembre 2016, act. 1190 : Réforme des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion

- Hugues de LA FORGE, Construction - Urbanisme n° 11, Novembre 2016, étude 13

- Guy Raymond : JurisClasseur Concurrence Consommation, Fasc. 800 : CONTRATS DE CONSOMMATION, 21 avril 2016

- M.BEHAR-TOUCHAIS La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales, JCP E n° 10, 6 Mars 2017, doctr. 255 ;

- M.BEHAR-TOUCHAIS : le déséquilibre significatif dans le code civil, JCP E n°14, 4 avril 2016, 391

- M.BEHAR-TOUCHAIS : « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », JCP E n°21, 25 Mai 2015, doctr.603

- S. LE GAC-PECH, L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion, JCP E n° 10, 9 Mars 2017, 1135;

- M. CHAGNY, JCP G 2008, I, n° 196 ;

- J.-B. SEUBE : Chronique "Technique contractuelle" : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 1, 5 Janvier 2017, 1006

- R. LOIR : Chronique "Technique contractuelle" : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 1, 5 Janvier 2017, 1006

- G.LOISEAU : « *Le traitement différencié des clauses abusives : un pas vers le désordre* » Communication Commerce électronique n° 7-8, Juillet 2016, comm. 60

- F. CHENEDE : *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil*, JCP n° 27, 4 Juillet 2016, 776

<u>Revues Lamy</u>

- N.LAJNEF : «*Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce*», RLC 2553, N°39 avril-juin 2014

La Gazette du Palais

- F.BICHERON : *N'abusons pas de la clause abusive : Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 24.*