



POINT D'ÉTAPE SUR LA NOTION DE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

Jean-Baptiste Gouache (Avocat – Associé)

Membre du collège des experts de la Fédération Française de la Franchise

Martine Behar-Touchais (Professeur Agrégé - Of counsel - Gouache)

A l'approche de la période de renégociation des conventions uniques, et compte tenu du développement de la jurisprudence sur ce sujet, intéressant également les **contrats de franchise**, et plus largement les contrats d'enseigne, il nous est apparu important de faire un point d'étape complet sur cette notion de **déséquilibre significatif**, introduite dans le code de commerce par la loi de modernisation de l'économie, dite loi LME, du 4 août 2008.

1. NOTION DE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

1.1. La notion dans le code de commerce

La notion de **déséquilibre significatif** résulte de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce qui prévoit qu'engage « la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; (...) »

L'action peut être introduite par toute personne intéressée, le ministère public, le ministre chargé de l'économie ou le président de l'Autorité de la concurrence, comme le rappelle récemment la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 octobre 2014 (CA Paris, 29 octobre 2014, n°13/11059).

Au-delà de l'indemnisation du préjudice subi, la nullité de la clause ou du contrat, ainsi qu'une amende civile d'un montant maximum porté à cinq millions d'euros par la loi Sapin II du 9 décembre 2016 (cf J.B.Gouache et M. Behar-Touchais, Les apports de la loi SAPIN II du 9 décembre 2016 en matière de distribution, CCC 6 juillet 2017 étude 7) ou égale au triple des sommes indûment versées), ou égale, « de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement » à "**5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre**". Nous avons évoqué la possibilité que ce triple plafond méconnaisse le principe constitutionnel d'égalité devant la loi (art préc).

L'article L. 442-6 III, qui prévoit cette possibilité de nullité et d'amende civile, dispose que la nullité ou le prononcé de l'amende peuvent être demandés par le ministre chargé de l'économie ou le ministère public.

Dossier Thématique

En cas d'actions introduites par l'une des parties au contrat, ces sanctions ne semblent donc pas pouvoir être réclamées. Toutefois, rien n'empêcherait le ministre chargé de l'économie ou le ministère public d'intervenir à une action déjà engagée par une des parties au contrat. De plus, jusqu'à la réforme des contrats, une partie à un tel contrat pourrait se fonder sur les articles 6 et 1131 du Code civil pour obtenir l'annulation des clauses créant le **déséquilibre**. L'article 6 du code civil prévoit en effet qu'il ne peut être dérogé par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Or cette disposition est d'ordre public. Par ailleurs, l'article 1131 disposait qu'une obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite « ne peut avoir aucun effet ».

Depuis la réforme des contrats, la nullité pour absence de cause a disparu, mais on peut envisager une nullité pour défaut de contrepartie (article 1169 du code civil).

La question est également renouvelée par l'article 1171 du code civil qui introduit le déséquilibre significatif dans le code civil (cf infra).

La question qui sera posée aux tribunaux est celle de savoir si l'on peut choisir le fondement de sa demande, ou si dès lors que l'on est dans le champ d'application de l'article L 442-6 du code de commerce, c'est ce texte spécial qui s'applique.

La notion de **déséquilibre significatif** était initialement destinée à corriger des situations supposées d'abus de puissance des distributeurs sur leurs fournisseurs intéressant le secteur de la grande distribution. Les premières décisions notables résultaient d'ailleurs d'actions introduites par le Ministère de l'Economie contre des groupes de grande distribution, très rapidement après l'introduction de la loi. Toutefois, cet article a vocation à s'appliquer à toutes activités de production, de distribution ou de service ainsi qu'à toutes obligations contractuelles, quelle qu'en soit la nature. D'ailleurs, le Ministre les invoque par exemple dans les contrats avec des entreprises puissantes de l'Internet, telles les plateformes de réservation hôtelière. Les contrats de franchise comme tous les **contrats de distribution** peuvent aussi être concernés. Il a donc un champ d'application très vaste.

1.2. La notion en droit de la consommation

Cette notion de **déséquilibre significatif** est également utilisée en droit de la consommation, l'article L. 132-1 du Code de la consommation considérant comme abusives, dans les contrats entre professionnels et non professionnels, les « clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». C'est même en droit de la consommation que la notion a vu le jour.

Les articles R. 132-1 et R.132-2 du Code de la consommation listent un certain nombre de clauses ou stipulations qui sont présumées comme abusives, et donc non écrites. Pour certaines il s'agit d'une présomption irréfragable (liste noire): la clause est considérée en tant que telle comme abusive et est réputée non écrite, la démonstration du contraire n'étant pas admise. Pour d'autres il s'agit d'une présomption simple (liste grise), c'est-à-dire qu'elle est présumée abusive à moins que le défendeur ne fasse la preuve qu'elle ne l'est pas. Un certain nombre de clauses relatives à la résiliation des contrats sont ainsi présumées abusives, parmi lesquelles :

- Interdire au non-professionnel le droit de demander la résolution ou la résiliation en cas d'inexécution par le professionnel (présomption irréfragable) ;
- Reconnaître au seul professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel (présomption irréfragable) ;

Dossier Thématique

- Soumettre dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation du contrat par le non-professionnel à un préavis plus long (présomption irréfragable) ;
- Reconnaître au professionnel la faculté de résilier sans préavis d'une durée raisonnable (présomption simple) ;
- Soumettre la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non professionnel que pour le professionnel (présomption simple).

Des critères de l'application de la notion de **déséquilibre significatif** en droit de la consommation ont ainsi pu être dégagés. Pourra être considérée comme abusive la clause qui :

- Confère une maîtrise unilatérale de l'évolution du contrat ;
- Confère un avantage sans contrepartie, sans motif légitime ;
- Assure une répartition inégale des risques du contrat ;
- Contient une clause trop générale et donc imprécise ne permettant pas de déterminer avec précision les manquements du consommateur ;
- Etablit une trop grande disproportion entre le manquement et la sanction ;
- N'aurait pas de réciprocité.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 avait certes considéré que les juges pouvaient s'inspirer de la jurisprudence relative à l'article L. 132-1 du code de la consommation dans leur application du nouvel article L. 442-6 I 2° du Code de commerce.

Toutefois, les notions de **déséquilibre significatif** du code de commerce et celle du code de la consommation ne doivent pas être interprétées de manière identique, pour plusieurs raisons. En premier lieu, les parties aux contrats ne sont pas les mêmes : professionnel et consommateur dans un cas, ce dernier étant considéré par principe comme dans une position de faiblesse par rapport au premier, professionnels uniquement dans l'autre. De plus, les termes des articles ne sont pas identiques

- Le code de la consommation exclut tout déséquilibre significatif concernant l'objet du contrat et le prix, alors qu'une telle restriction n'est pas prévue par la lettre de l'article L 442-6 du code de commerce.
- Le code de la consommation vise les clauses « ayant pour effet ou pour objet », tandis que le code de commerce vise le fait « de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un **déséquilibre** ». Le code de la consommation réprime donc la seule insertion d'une clause dont l'objet pourrait être de créer un **déséquilibre**, tandis que le code de commerce vise les obligations qui créent effectivement un **déséquilibre**.

L'interprétation à donner de la notion visée par le code de commerce devrait donc ne pas être identique à celle donnée en droit de la consommation. La jurisprudence récente entérine la décision du Conseil Constitutionnel. En effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans l'arrêt GALEC, a décidé 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, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 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 entendu protéger et à la nature*

Dossier Thématique

des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ; » (Cass. Com. 25 janvier 2017 n° 15-23547).

Cet arrêt en a déduit la possibilité pour le juge de contrôler le prix en cas de déséquilibre significatif, au moins dans le domaine de la grande distribution. La Cour de cassation se fonde en effet sur le fait « *que, dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, 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 ; qu'ayant constaté que l'annexe 2 des contrats-cadres stipulait que la ristourne litigieuse était prévue au titre des conditions de l'opération de vente, la cour d'appel en a justement déduit que les clauses litigieuses relevaient de l'article L. 442-6, I, 2° du même code ; »*. L'avenir dira si cette limite mise au contrôle du déséquilibre significatif affectant le prix résistera.

1.3. La notion dans le code civil

Comme indiqué supra, l'article 1171 du code civil dispose pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016 que « *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 ».

Ce texte s'applique donc aux contrats renouvelés après le 1^{er} octobre 2016, puisque ce sont de nouveaux contrats.

La sanction est différente de celle applicable en droit commercial, puisqu'il s'agit de réputer les clauses non écrites.

On ignore pour l'instant si cette sanction qui révèle plutôt une analyse du déséquilibre clause par clause permettra néanmoins de rééquilibrer une clause déséquilibrée par une clause déséquilibrée en sens inverse.

Comme indiqué supra, on ignore également si ce texte se cumulera avec les textes spéciaux, ou les textes spéciaux s'appliqueront exclusivement dans leurs domaines d'application.

2. MISE EN OEUVRE DE LA NOTION PAR LA JURISPRUDENCE EN DROIT COMMERCIAL

Plusieurs questions cruciales sont aujourd'hui tranchées

2.1. La nature du contrat

Alors que le texte de l'article 1171 du code civil exige expressément un « contrat d'adhésion », l'article L 442-6 du code de commerce n'emploie pas cette expression.

Cependant, il résulte des arrêts de la Cour de cassation que le texte du code de commerce s'applique quand aucune négociation effective n'a eu lieu :

Dossier Thématique

- **Arrêt Provera : Cass. Com. 3 mars 2015** n° 14-10907 « *qu'ayant constaté, en se référant à la situation de fournisseurs, qu'elle a identifiés, que les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables contrats d'adhésion ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses »*
- **Arrêt Carrefour : Cass. Com. 4 Octobre 2016** (14-28013) : pour un contrat qui n'est absolument pas négocié : « *ce texte peut s'appliquer à un contrat-type proposé à des fournisseurs ;* »
- **Arrêt Galec : Cass.com 25 janvier 2017 (préc.)** : « *qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;* »

On observera toutefois qu'il ne suffit pas d'indiquer que le contrat a été négocié, il faut que la négociation ait été libre et effective.

Il faut ajouter que l'article L 442-6 du code de commerce ne s'applique pas à certains contrats, qui sont régis par des textes encore plus spéciaux (ainsi pour le contrat constitutif du GIE : Cass. Com. 11 mai 2017 n°14-29707, où la Cour écarte l'article L 442-6 I 2° du code de commerce sur le déséquilibre significatif : cf M. Behar-Touchais « La limitation du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce par la règle specialia generalibus derogant, J.C.P. éd.G n°27, 3 Juillet 2017, 763 ; pour la coopérative : Cass. Com 8 février 2017 n°15-23050, où la Cour écarte l'article L 442-6 I 5° du code de commerce sur la rupture brutale des relations commerciales établies : cf M. Behar-Touchais, L'exclusion brutale d'un associé coopérateur : quand le droit spécial chasse le droit plus général : BJS mai 2017, n° 5, p. 324)

2.2. La soumission ou la tentative de soumission

Le fait que la négociation doive être libre, exclut déjà la négociation dans une situation de dépendance.

L'expression de dépendance n'est mentionnée ni dans l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, ni dans l'article 1171 du code civil. Mais l'article L 442-6 du code de commerce mentionne quant à lui la soumission ou la tentative de soumission, ce qui suggère une dépendance.

En effet, pourquoi accepter un déséquilibre significatif dans un contrat, si l'on peut aller contracter avec autrui ? C'est sans doute parce que l'on ne peut se dispenser de contracter avec ce cocontractant.

En tout cas, la Cour de cassation a explicité la condition de soumission dans plusieurs décisions :

- **Affaire Carrefour Cass. Com. 4 Octobre 2016** (14-28013) : « *qu'étant saisie de la licéité de clauses de la convention de partenariat proposée à tous les fournisseurs en 2009 et les sociétés Carrefour n'ayant pas allégué que certains d'entre eux, à raison de leur puissance économique, du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incontournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations, la cour d'appel a pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;* » ; certains auteurs en ont déduit qu'il existait une présomption simple de soumission dans ce domaine de la grande distribution alimentaire, qui ne pouvait être renversée que par la preuve soit que le fournisseur a une puissance économique, soit qu'il propose un nombre important de références, soit qu'il est incontournable pour le distributeur (cf M. Behar-Touchais, « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », Revue des contrats - 01/03/2017 - n° 01- page 81)

Dossier Thématique

- **Affaire Darty, Cass. Com. 26 avril 2017 (15-27865)**: « *qu'ayant relevé, d'abord, que la société Darty était un intermédiaire incontournable pour les fournisseurs, compte tenu de sa position de leader de la distribution des produits de l'électroménager, de l'image et du son et de la micro-informatique, se classant en première position sur le marché en termes de chiffre d'affaires, et qu'elle disposait de ce fait d'une puissance de négociation incontestable, ensuite, que la clause dénoncée était insérée dans tous les contrats déferés, à l'exception de ceux portant sur certains types de produits commercialisés par la société LG Electronics, que les limites spécifiques apportées à cette clause dans les documents contractuels des fournisseurs avaient toutes été supprimées au profit d'une clause générale et imprécise, et que la clause avait été appliquée cependant qu'aucun échange entre les parties n'en avait défini les modalités d'application, la cour d'appel, qui a fait ressortir l'absence de marge réelle de négociation des fournisseurs en cause, a, en l'état de ces seuls motifs, pu retenir, sans inverser la charge de la preuve, que la soumission de ces derniers était établie ; »*

2.3. Un partenaire commercial

Que faut-il entendre par partenaire commercial ?

- **Affaire Darty, Cass. Com. 26 avril 2017 (15-27865)**: « *qu'ayant relevé que les clauses litigieuses ont été insérées dans des contrats conclus en 2009 entre la société Darty et certains de ses fournisseurs, à l'occasion de la formalisation de leur négociation commerciale annuelle, la cour d'appel a caractérisé la qualité de partenaire commercial des fournisseurs en cause »*

Les décisions des juges du fond ne permettent pas de déterminer une ligne sûre : il a ainsi été jugé que l'auto-entrepreneur qui contracte avec une société chargée de créer son site internet n'est pas le partenaire de cette dernière (CA Aix-en-Provence, 11e ch. B, 10 mars 2016, n° 2016/140 ; mais contra CA Paris, 20 nov. 2015, n° 14/07307). Il en va de même en cas de location d'un site web (CA Paris 6 mars 2015 n°13/20879). En revanche, sont des partenaires commerciaux, les parties à un contrat de crédit (CA Paris 7 juin 2013 RG n°11/08674), à un contrat de location de longue durée de véhicules poids lourds (CA Douai 11 avril 2013 n°12/02678).

La Cour d'appel de Nancy définit le partenaire commercial comme celui « *avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une action quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans les activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion étroite de contractant* » (CA Nancy 14 fév. 2013, RG 12/00378).

Tant que la Cour de cassation ne se sera pas prononcée plus explicitement que dans l'arrêt Darty ci-dessus, cette notion, qui pourrait aussi, dans une acception large, être assimilée à celle de contractant en matière commerciale, restera assez floue (sur cette notion, voir M. Malaurie-Vignal, Déséquilibre significatif : notion de partenaire commercial, CCC n° 6, Juin 2016, comm. 141).

2.4. L'analyse globale

L'une des questions cruciales a été de savoir si l'analyse doit être réalisée clause par clause, ou s'il faut faire une analyse globale.

Au plan théorique, la Cour de cassation a tranché en faveur de l'analyse globale, qui n'est d'ailleurs pas étrangère au droit de la consommation, où le texte impose d'examiner la clause dans son contexte. Elle a décidé dans l'arrêt EURAUCHAN du 3 mars 2015 (13-27525) : « *qu'après avoir énoncé que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie, et avoir examiné les relations commerciales régies par la convention litigieuse, l'arrêt relève que la modification de l'article 14 de cette dernière est toujours refusée et constate que la société*

Dossier Thématique

Eurauchan ne démontre pas qu'à l'issue de la négociation dont elle fait état, la modification des autres clauses ait néanmoins permis de rééquilibrer le contrat ; »

Au plan pratique, les juges procèdent en deux temps : d'une part, ils font une analyse clause par clause ; d'autre part, ils admettent que le contractant qui a rédigé le contrat prouve que les clauses déséquilibrées sont rééquilibrées par d'autres clauses.

Cependant, pour l'instant le rééquilibrage n'a jamais été admis, faute de preuve.

Il est donc important dans la rédaction du contrat de faire apparaître ce rééquilibrage pour être en mesure de l'établir plus facilement le moment venu.

D'ailleurs, s'il y a eu rééquilibrage, c'est qu'il y a eu probablement négociation du contrat

Par ailleurs l'article L442-6 I 2° du code de commerce parle bien de **déséquilibre significatif** dans « les droits et obligations des parties », sous-entendu appréhendés globalement.

2.5. La possibilité du Ministre d'interdire la reprise des clauses déclarées abusives dans les contrats futurs

La Cour de cassation a admis que les clauses déclarées abusives pouvaient être interdites dans les contrats futurs, mais à la suite d'une action du Ministre :

- **Arrêt EURAUCHAN : Cass. Com. 3 mars 2015** préc. « *que l'article L. 442-6 du code de commerce, qui prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dispose que le ministre peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation de pratiques illicites ; qu'ayant relevé que la demande de cessation des pratiques formée par ce dernier était fondée sur l'analyse de clauses des contrats commerciaux et annexes proposées à la négociation par la société Eurauchan, et mises en œuvre sans modification depuis 2009, la cour d'appel a fait l'exacte application de ce texte en déclarant la demande recevable en ce qu'elle visait la suppression pour l'avenir de telles clauses ; que le moyen n'est pas fondé ; »*

2.6. Le caractère significatif du déséquilibre

Au-delà, le **déséquilibre doit être significatif**. Cette disposition légale ne vise donc pas à sanctionner tout **déséquilibre**, ou toute différence de traitement, mais vise à sanctionner le **déséquilibre** qui serait proche de l'abus. Ainsi que le soulignait M. le député Jean-Paul Charrié lors des débats préparatoires à la loi, il s'agit de sanctionner « un avantage supplémentaire anormal ».

2.7. Illustrations

Les décisions rendues jusqu'à présent doivent être distinguées entre celles relatives à la grande distribution, rendues sur saisine du Ministre chargé de l'économie et celles relatives à d'autres secteurs, rendues sur saisine de parties à des contrats.

Les premières ont pu plus facilement admettre des **déséquilibres**, en se livrant à une analyse clause par clause. Notamment, elles ont pu admettre qu'il y avait **déséquilibre significatif** dans des clauses de protection des stocks, de mévente des produits, des clauses de retour de marchandises, des clauses de changement de tarifs ou de délais de paiement, des clauses de résiliation en cas de sous-performance d'un produit, ainsi que des clauses de prélèvement automatiques. Pour une partie de ces clauses les tribunaux ont considéré que seule une des parties disposait des moyens d'actions qui pouvaient déterminer ou non la mise en œuvre de la clause, et qu'elles étaient donc potestatives (ex : le distributeur décide seul des modalités de vente des produits et peut donc de ce fait générer une mévente des produits

Dossier Thématique

lui donnant droit de résilier la convention). Pour une autre partie, c'est l'asymétrie dans le jeu de la clause qui posait difficulté, comme dans le cas de délais de paiements différents ou de jeux de révision des tarifs différents suivant qu'ils soient à la hausse et à la baisse.

Ces décisions intervenues dans le cadre de conventions uniques annuelles conclues entre fournisseurs et distributeur font également ressortir le caractère imposé de ces clauses. Si un contrat d'adhésion n'est pas en soi condamnable, l'absence de négociation de ces stipulations semble pouvoir être pris en compte (cf supra). Cela semble logique dans la mesure où la prohibition porte sur le fait d'imposer ou de tenter d'imposer des obligations créant un **déséquilibre** : dès lors qu'il peut être fait la preuve que la clause considérée a été librement discutée et acceptée, les conditions de mise en œuvre de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce ne seraient plus remplies.

La commission d'examen des pratiques commerciales, dans un avis n°09-05 portant sur la mise en œuvre de la loi dite LME soulignait que « proposer des clauses pré rédigées n'est toutefois pas interdit dès lors que celles-ci peuvent être modifiées à l'issue d'une réelle négociation entre les parties. Par contre, obtenir la signature d'un contrat pré rédigé est susceptible de sanction, en application de l'article L. 442-6 du Code de commerce dès lors que celui-ci traduirait un **déséquilibre significatif** entre les droits et obligations des parties. »

La mise en œuvre effective de la clause n'est par contre pas nécessaire. Dès lors qu'elle figure dans le contrat, et qu'elle a été imposée, l'incrimination est remplie, comme le rappelle un arrêt du 11 septembre 2013 par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 11 septembre 2013, n°2009/02296). Dans le cas de procédures introduites par l'une des parties au contrat, il est probable toutefois que la notion de **déséquilibre significatif** soit surtout utilisée comme moyen de défense en cas de mise en œuvre de la clause litigieuse.

Les décisions rendues pour d'autres secteurs que la grande distribution semblent jusqu'à présent admettre beaucoup plus difficilement l'existence d'un déséquilibre significatif. Un **déséquilibre significatif** a toutefois pu être reconnu dans les cas suivants :

- une clause qui indiquait que les délais de livraison n'étaient qu'indicatifs et que l'acheteur ne pouvait, en cas de dépassement de délai, réclamer de dommages et intérêts, ni annuler ou résilier le contrat (CA Bordeaux 2e ch., 21 nov. 2011, RG 10/02746) ;
- un contrat entre la SNC Société Paris Presse Services et un kiosquier situé à Levallois-Perret, prévoyant que l'agrément du kiosquier était personnel et révocable ad nutum avec un préavis de 48h, cette clause n'étant par ailleurs pas applicable aux kiosquiers situés à Paris (CA Paris 27 avr. 2011) ;
- une clause par laquelle, dans un contrat de sous-traitance, un donneur d'ordre peut résilier le contrat à sa convenance, sans indemnité, sans possibilité pour le prestataire de disposer d'une faculté de résiliation (CA Rouen ch. civ. 1, 12 déc. 2012, 12/1200) ;
- une clause prévoyant le versement d'une indemnité en cas d'annulation du contrat de location financière d'un photocopieur pour défaut de cause et d'objet par suite de la résolution du contrat de vente dudit matériel, celle-ci ne résultant pas d'une faute du locataire (CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 7 juin 2013, 11/08674) ;
- une clause prévoyant une indemnisation par un sous-traitant en cas de non-respect de ses obligations a été considérée comme « habituelle dans un contrat de sous-traitance » et ne traduisant donc pas un **déséquilibre significatif** (CA Paris, 12 déc. 2013, 11/18274)
- une clause de droit d'entrée dans un contrat de franchise, a été jugée comme n'emportant pas déséquilibre significatif (CA Paris 17 mai 2017 14/18290)

A l'occasion de la conclusion des **conventions uniques** à venir, comme plus généralement de tous contrats entre commerçants, y compris de **contrats de franchises**, de licences de marque, de

Dossier Thématique

commission affiliation, de concession ou plus généralement, de distribution, les parties auront donc tout intérêt à pouvoir démontrer :

- (i) que des négociations ont eu lieu, ou auraient pu avoir lieu ; et que
- (ii) le consentement de chaque partie a été donné librement, sans qu'aucune contrainte ni pression ne soit exercée.

La conservation de documents relatifs à la phase précontractuelle (avant-contrats, échanges de courriers, comptes rendus de réunions de négociation etc.) est dans ce cadre plus que jamais nécessaire.

Les enseignes doivent intégrer la faculté de négociation à la documentation contractuelle, en attirant par ailleurs l'attention de leurs candidats sur ce point.