

LA RESPONSABILITE POUR « DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF » DANS LES RELATIONS COMMERCIALES : ce nouveau risque de responsabilité civile pour les entreprises connaîtra-t-il le même essor que celui de la « rupture brutale » des relations commerciales ?

La notion de « déséquilibre significatif » dans les relations commerciales (extrait de l'article L442-6.1.2° : « *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* ») a été introduite par la Loi de Modernisation de l'Economie ou « LME » (n°2008-776) du 4 août 2008. Cette loi a contribué à modifier et à compléter notre droit dit de la « transparence tarifaire » (une rubrique de notre droit commercial), maintes fois revu ces 20 dernières années¹. Rappelons que l'objectif de ce droit de la transparence tarifaire, et des nombreuses réformes dont il a été l'objet, est de corriger le déséquilibre des forces de négociation entre les enseignes de la grande distribution alimentaire et les (ou certains) fournisseurs et de limiter la hausse des prix aux consommateurs supposée résulter de ce rapport déséquilibré (on a longuement évoqué ces dernières années la négociation sur les « marges arrières » et leurs effets inflationnistes sur le marché).

C'est dans ce but de rééquilibrage des forces en présence, visant à empêcher les dérèfègements abusifs de fournisseurs par la grande distribution, que l'une des réformes les plus notables du droit de la transparence tarifaire a consacré **l'interdiction de rompre brutalement une relation commerciale établie**² sans respecter un préavis écrit tenant compte de l'ancienneté de la relation commerciale (d'autres critères que l'ancienneté dans les relations commerciales ayant par ailleurs été dégagés par la jurisprudence au fil des années).

Le « délit civil » résultant d'une rupture brutale de relation commerciale, qui visait à l'origine un secteur particulier de notre économie, celui de la grande distribution, a été très largement appliqué par les tribunaux dans tous les domaines d'activité, y compris celui des services (marketing, transport, logistique, informatique, restauration...) ; il est devenu une arme redoutable de mise en cause de la responsabilité de toute entreprise – quelle que soit sa taille et son pouvoir de marché – qui souhaite se séparer d'un partenaire fournisseur de produits ou d'un prestataire de services.

¹ Loi Galland n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 ; loi NRE 2001-420 du 15 mai 2001 ; loi 2005-882 Dutreil du 2 août 2005 ; loi Chatel 2008-3 du 3 janvier 2008, loi LME susvisée.

² La loi Galland susvisée, qui a introduit l'article 36, alinéa 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sous le chapitre « pratiques restrictives de concurrence ».

Avec le recul de plus de quinze années d'une jurisprudence, qui a apporté certes des précisions sur les contours de cette interdiction de rupture brutale des relations commerciales établies mais qui a contribué parallèlement à son développement et à une certaine complexité de la notion, on a le sentiment qu'on a introduit dans notre droit commercial un véritable « droit du licenciement » appliqué non plus aux salariés de l'entreprise mais aux entreprises elles-mêmes³.

Qu'en est-il de la nouvelle interdiction « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » (article L 442-6.I.2° du Code de commerce) qui autorise le juge à contrôler a posteriori les dispositions d'un contrat et à remettre en cause la « loi des parties » ? Connaîtra-t-elle le même essor et fera-t-elle peser sur les entreprises les mêmes contraintes que celles résultant du risque encouru au titre de la rupture brutale des relations commerciales ?

En 2008, le législateur a puisé dans notre droit de la consommation et a importé dans notre droit commercial, applicable aux relations contractuelles entre entreprises, une interdiction similaire à l'interdiction des clauses abusives applicable aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs (ou non-professionnels). Le législateur s'est en effet directement inspiré de la notion du droit de la consommation sur les clauses abusives, définies (article L 132-1 du Code de la consommation) comme les clauses « ayant pour objet ou pour effet de créer », au détriment du consommateur (ou du non-professionnel), « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

L'emprunt d'éléments du droit de la consommation pour régir les relations commerciales entre entreprises et les premières décisions des tribunaux de première instance et des cours d'appel laissent présager une extension importante de la responsabilité des entreprises pour déséquilibre significatif, et là encore à tous les secteurs d'intervention des entreprises (production, prestation de services, sous-traitance,...).

L'essor que l'on pressent, s'agissant d'une notion « le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » dont les contours sont encore flous⁴, va avoir des effets non négligeables sur la sécurité juridique des relations contractuelles entre entreprises ; l'insécurité, que l'on peut redouter, touchera cette fois non plus seulement le stade de la fin des relations contractuelles mais également celui de l'exécution du contrat et de l'efficacité de ses clauses négociées et acceptées par les parties.

En effet, la sanction de la constatation d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties est la nullité de la ou des clauses du contrat révélatrices du déséquilibre.

³ D'autres dispositions de notre droit civil permettaient déjà de sanctionner la rupture sans préavis d'un contrat écrit ou non écrit mais l'introduction d'une disposition spécifique, dans notre droit commercial, a permis une extension hors du commun de cette interdiction.

⁴ Même si le Conseil constitutionnel, saisi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité, a validé la conformité du texte à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans sa décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011, considérant « qu'en égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ».

A cette sanction, s'ajoutent (i) la réparation du préjudice subi (des dommages-intérêts) et (ii), en tant que délit civil susceptible de porter atteinte à l'ordre public économique, le prononcé d'une amende civile (dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros à moins que cette amende ne soit portée au triple du montant des sommes indûment versées) à la demande du ministre chargé de l'économie et du ministère public, qui peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale compétente ou intervenir à l'action introduite par la partie victime.

Les clauses contractuelles concernées par le texte vont bien au-delà des clauses relatives au prix ou au paiement. Elles peuvent concerner, par exemple, la garantie des produits, la responsabilité des parties, les clauses de pénalité pour retard de livraison ; ni la menace ni la démonstration d'une puissance d'achat ou de vente de l'une des parties ne sont des conditions requises par le texte pour caractériser l'existence d'un déséquilibre du moment qu'il est « significatif ».

A titre d'exemple, ont ainsi été considérées comme créant un déséquilibre significatif les clauses suivantes :

- la clause d'un contrat par lequel une société de presse agréait un diffuseur de journaux en prévoyant que l'agrément était révocable « ad nutum » alors que le diffuseur ne pouvait quant à lui mettre un terme au contrat que dans des cas limités (CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, n°08/21750, 27 avril 2011, Mr. Bassam c./ SNC Société Presse Paris Services - SPPS) ;
- la clause stipulant que les délais de livraison sont donnés à titre indicatif et des dommages-et-intérêts en cas de résiliation de la vente (CA Bordeaux, chambre civile 2, n°10/02746 21 novembre 2011, SA Delmond Foies Gras c./ la société Tolerie Chaudronnière Mécanique) ;
- la clause qualifiée de « purement potestative » permettant à un distributeur de déréférencer unilatéralement un fournisseur en cas de « sous-performance d'un produit » (Tribunal de commerce de Meaux, n°2009/02295, 6 décembre 2011, Ministre de l'économie c./ Provera France) ;
- la clause de retour des invendus imposant au fournisseur la reprise à ses frais des stocks de produits invendus par son distributeur, sans aucune contrepartie au fournisseur (CA Paris, Pôle 5, Chambre 5, n°12/07651, 4 juillet 2013, EMC Distribution c./ Ministre de l'économie) ;
- la clause de révision des prix, qui rendait aléatoire la possibilité pour le fournisseur d'augmenter ses tarifs et en revanche automatique la répercussion dans ses tarifs au profit de son distributeur de toutes baisses concernant les éléments constitutifs de ses prix de vente (CA Paris, Pôle 5, Chambre 5, n°12/07651, 4 juillet 2013, EMC Distribution c./ Ministre de l'économie) ;
- la clause de taux de service, défini de manière imprécise, uniforme et unilatéralement par le distributeur, sans tenir compte de la nature de l'activité du fournisseur et de la relation existante (CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 11 septembre 2013, SAS Eurochan c./ Ministre de l'économie) ;

- l'absence de possibilité de négociation des contrats types, en l'absence de réaction du distributeur (accord ou désaccord) sur les réserves ou avenants proposés par les fournisseurs qui fait obstacle à toute modification de ces contrats et ce dont il résulte que les contrats types sont « de véritables contrats d'adhésion » et que « la soumission » (à des obligations créant un déséquilibre significatif) est ainsi établie (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 20 novembre 2013, Ministre de l'économie c./ SAS Provera France) ;
- la clause de résiliation automatique 8 jours après l'envoi d'une lettre recommandée, en raison d'un manquement dont la réelle gravité fait défaut et sans considération de l'ancienneté de la relation commerciale des parties, et dont l'application réciproque est théorique (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 20 novembre 2013, Ministre de l'économie c./ SAS Provera France) ;
- la clause prévoyant l'intangibilité des conditions générales d'achat, leur systématisation excluant toute négociation véritable, outre l'inversement de la situation de négociation voulue par le législateur (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 18 décembre 2013, Ministre de l'économie c./ SA Galec) ;
- les clauses prévoyant de manière systématique, sans possibilité de négociation, des délais de paiement différents pour les créances et dettes contractées réciproquement par deux parties au contrat (notamment factures fournisseurs et factures de prestations de services du distributeur) et l'absence d'escompte en cas de paiement anticipé au profit d'une seule partie, ainsi que l'application de clauses pénales au profit d'une seule partie (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 18 décembre 2013, Ministre de l'économie c./ SA Galec).

Il est encore trop tôt pour dégager, à partir des décisions rendues par les tribunaux, tous les critères retenus pour qualifier un déséquilibre significatif ou, au contraire, rejeter cette qualification.

On peut toutefois d'ores et déjà identifier quelques critères appliqués de manière cumulative comme l'absence de réciprocité dans les droits et obligations des parties, l'absence de preuve de rééquilibrage d'une clause défavorable par une clause favorable, le rapport économique déséquilibré entre les parties qui fait présumer la tentative de soumission, l'absence de pouvoir réel de négociation de la part d'une partie résultant notamment de la part de marché importante représentée par l'autre partie.

La tâche des rédacteurs de contrats ne va pas être aisée dans les prochains mois. Comment vont-ils faire la part des choses entre la « bonne » négociation commerciale, c'est-à-dire celle qui favorise « de manière équilibrée » leurs donneurs d'ordre, et la « mauvaise » négociation commerciale, c'est-à-dire celle qui défavorise « de manière substantiellement déséquilibrée » les partenaires de leurs donneurs d'ordre ? Leur faudra-t-il apprendre à motiver par écrit désormais la rédaction des clauses pour prouver qu'elles sont bien équilibrées dans un contexte déterminé et qu'elles sont acceptées sans réserve par le partenaire ? Cette justification devra-t-elle être faite clause par clause ou de manière globale ? A quel moment le juge appréciera-t-il l'équilibre de la clause ? Autant de questions en suspens qui restent à éclaircir.

Virginie BERNARD – Lydia CHAI