

MAI 2016

## FLASH CONCURRENCE N° 6

### L'intégration du déséquilibre significatif en droit commun

Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière

Faisant suite à notre [précédent Flash concurrence](#) qui faisait un panorama des principales modifications apportées à notre droit civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations, l'objet de ce présent Flash est de décrypter l'une des innovations majeures de cette réforme, l'intégration du déséquilibre significatif dans le Code civil.

A compter du 1er octobre prochain, une nouvelle disposition visant à protéger la partie faible fera son apparition dans le Code civil. Il s'agit de l'article 1171 qui organise un véritable contrôle des clauses abusives en droit commun des contrats.

Cet article est rédigé ainsi :

**« 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. »**

Jusqu'à présent, le régime des clauses abusives relevait uniquement de législations spéciales :

- en B to C, l'article L.132-1 du Code de la consommation dispose que : *« Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. [...] »* ;
- en B to B, l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce prévoit, quant à lui, ce qui suit : *« 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 »*.

Membre d'Antitrust Alliance, réseau européen d'avocats en droit de la concurrence :

Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Italie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Slovaquie, Suède, Suisse.

63, avenue de Villiers — 75017 Paris — Tél +33(0)1.53.57.31.70 — Fax +33(0)1.47.20.90.40 — Palais P40  
contact@grall-legal.fr — www.grall-legal.fr

S'inspirant de ces dispositions consuméristes et commercialistes, l'article 1171 du nouveau Code civil suscite un certain nombre d'interrogations...

## QUEL CHAMP D'APPLICATION ?

Alors que l'avant-projet d'ordonnance envisageait un contrôle des clauses déséquilibrées dans tout type de contrat, l'ordonnance du 10 février 2016 limite le champ d'application du nouvel article 1171 aux seuls **contrats d'adhésion**.

Le nouvel article 1110 définit le contrat d'adhésion comme le contrat « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* » et ce, par opposition au contrat de gré à gré, lequel est défini au sein de ce même article comme le contrat « *dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* ».

En vertu de cette définition, trois éléments permettent d'identifier un contrat d'adhésion :

- la présence de conditions générales ;
- la détermination unilatérale et à l'avance de ces conditions générales par l'une des parties au contrat ;
- l'absence de négociation portant sur ces conditions générales.

Quels contrats répondent à ces critères ?

En *B to B*, il ne fait aucun doute, à titre d'exemple, que les contrats d'enseigne de la grande distribution rentrent dans la catégorie des contrats d'adhésion. Dans l'affaire *Provera*, la Cour de cassation a clairement affirmé que le contrat proposé par ce groupement de distribution à ses fournisseurs constituait un véritable contrat d'adhésion puisqu'aucune négociation effective des clauses litigieuses contenues dans le contrat n'était envisageable et qu'aucune suite n'était donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs (Cass. com., 3 mars 2015, affaire *Provera*). Il en va de même des conditions d'achat de certains grands industriels.

En *B to C*, les contrats conclus avec des plateformes électroniques en ligne répondent également aux critères posés par l'article 1171. Dans la très grande majorité des cas, le consommateur n'a pas d'autre choix que d'adhérer aux conditions générales mises en ligne sans possibilité de les contester. A cet égard, la Cour d'appel de Paris, dans un litige opposant *Facebook* à l'un de ses utilisateurs, a qualifié le contrat conclu entre le réseau social et le cyberconsommateur de contrat d'adhésion en relevant qu'aucune latitude n'est laissée à l'internaute autre que l'acceptation ou le refus (CA Paris, 12 février 2016).

Entre particuliers, les contrats conclus via un intermédiaire tel qu'*Airbnb* (exemple tiré du communiqué de presse de la Chancellerie relatif à la publication de l'ordonnance du 10 février 2016) rentreraient également dans la catégorie des contrats d'adhésion.

**Notons également que l'identification d'un contrat d'adhésion entraîne, outre la mise en jeu de l'article 1171, l'application d'une règle d'interprétation figurant à l'article 1190 selon laquelle, en cas de doute, le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé (à la différence du contrat de gré à gré qui s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur).**

## QUELLE ETENDUE POUR LE CONTROLE DU JUGE ?

Le second alinéa de l'article 1171 limite l'étendue du contrôle offert au juge civil en précisant que **ni le contrôle de l'objet principal du contrat, ni le contrôle de l'adéquation du prix à la prestation n'est envisageable sur le fondement de cet article.**

Cette exclusion du contrôle du juste prix s'inscrit dans la lignée du refus de l'admission de la rescision pour lésion formulé au nouvel article 1168 : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. ».

A cet égard, le régime des clauses abusives du nouveau Code civil se calque ainsi sur la limitation existante en droit de la consommation.

**Rappelons que les dispositions du Code de commerce relatives au déséquilibre significatif ne comportent pas de telles restrictions. C'est pourquoi, sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, la jurisprudence commercialiste autorise un véritable contrôle de l'équilibre des prestations financières. Dans l'affaire *Galec* du 1er juillet 2015, la Cour d'appel de Paris a ainsi estimé qu'une condition particulière de vente dépourvue de contrepartie entraînait un déséquilibre significatif au détriment des fournisseurs. La position qu'adoptera la Cour de cassation à cet égard est très attendue !**

### **QUEL CADRE D'ANALYSE ?**

L'article 1171 ne délivre aucune information quant au cadre d'analyse du déséquilibre : **faudra-t-il apprécier le déséquilibre clause par clause ou bien à l'aune du contrat pris dans sa globalité ?**

En B to C, le cadre d'analyse du déséquilibre significatif est précisé dans le texte même de l'article L.132-1 du Code de la consommation (futur article L.212-1 du Code de la consommation à compter du 1er juillet 2016), lequel prévoit 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 la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ». Cette approche globale doit toutefois se conjuguer avec la liste des clauses présumées abusives mentionnées aux articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation pour lesquelles l'analyse s'effectue *in fine* clause par clause.

En B to B, l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce est muet sur ce point. Le juge s'est donc attelé à bâtir ce cadre d'analyse. Ainsi, la Cour de cassation a consacré une analyse du déséquilibre à l'aune du contrat pris dans sa globalité (Cass. com., 3 mars 2015, affaires *Eurauchan* et *Provera*). En vertu de cette approche globale, la partie qui se voit reprocher un déséquilibre significatif peut toujours démontrer que d'autres clauses du contrat permettent de compenser ce déséquilibre.

A défaut d'indication textuelle, le juge civil pourrait prendre appui sur cette construction prétorienne et élaborer un cadre d'analyse similaire. L'avenir nous le dira.

### **QUELS CRITERES D'APPRECIATION DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF ?**

Là encore, **il reviendra au juge civil de dégager les caractéristiques du déséquilibre significatif au sens du droit commun.**

De la même manière, les critères du déséquilibre significatif issus de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce pourront être une source d'inspiration. Aussi, la disproportion, l'octroi d'avantages injustifiés, l'absence de contrepartie, le défaut de réciprocité, l'asymétrie dans la mise en jeu d'une clause, le transfert d'une charge ou de risques incombant à l'autre partie sont autant de critères à la disposition du juge civil.

Ces critères présidant à l'identification d'un déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires se retrouvent également en droit de la consommation.

## QUELLE SANCTION ?

Toute clause abusive au sens de l'article 1171 du Code civil sera **réputée non écrite**. Bien entendu, le contrat est maintenu lorsqu'une telle sanction est prononcée ainsi que le rappelle le nouvel article 1184 du Code civil (« [...] Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien. »).

Cette sanction est également celle qui prévaut en droit de la consommation à la différence de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce qui prévoit l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la pratique répréhensible. En sus, en vertu du III de ce même article, le Ministre en charge de l'économie peut également solliciter le prononcé d'une amende civile à l'encontre de l'auteur de la pratique, la cessation de la pratique litigieuse, la répétition de l'indu ou encore l'annulation de la clause litigieuse. Toutefois, la jurisprudence admet que les victimes d'un déséquilibre significatif peuvent également agir en nullité à l'encontre de l'auteur du déséquilibre (Cass. com, 11 sept. 2012).

## QUELLE ARTICULATION AVEC LES DROITS SPECIAUX ?

En application de la règle selon laquelle « le spécial déroge au général » (« specialia generalibus derogant ») prévue à l'article 1105, l'application de l'article 1171 du nouveau Code civil pourrait être exclue dès lors que la relation contractuelle s'inscrit dans le champ d'application de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce ou de l'article L.132-1 du Code de la consommation (futurs articles L.212-1 à L.212-3).

Sur ce point, le Rapport au Président de la République, qui, rappelons-le, n'a pas la valeur de travaux préparatoires, précise ce qui suit : « L'article 1105 définit quant à lui les contrats nommés et innommés et reprend dans ses deux premiers alinéas l'actuel article 1107. Le troisième alinéa introduit en revanche une nouveauté importante et attendue des praticiens, puisqu'il rappelle que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. **Ainsi, les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation.** »

Dès lors que les rapports entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels sont soumis au Code de la consommation et que les rapports entre un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers et un partenaire commercial sont soumis au Code du commerce, l'article 1171 n'aurait vocation à s'appliquer qu' :

- aux rapports entre particuliers ;
- aux relations nouées entre un professionnel et une personne qui ne serait ni un consommateur, ni un non-professionnel ;
- aux rapports existant entre des professionnels qui ne seraient pas des partenaires commerciaux au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

S'agissant des notions de « consommateur », « non-professionnel » et « professionnel », l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 précitée ajoute, avant le Livre premier du Code de la consommation, un article liminaire qui a pour objet de définir ces trois notions :

« 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 agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;

- *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.»*

S'agissant de la notion de partenaire commercial qui préside à l'application de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) et la jurisprudence estiment que celle-ci se caractérise par «*la volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de service, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant*» (CEPC avis n°12-07 ; CA Aix-en-Provence 13 février 2014, RG n° 12/21625). La CEPC considère également qu'un contrat ponctuel qui s'inscrit dans la durée s'assimile à un partenariat commercial (avis n°15-1 ; avis n° 15-03).

Aussi, au regard de l'interprétation faite dans le rapport au Président de la République de la règle selon laquelle « *le spécial déroge au général* » et des définitions rappelées ci-dessus, l'article 1171 ne serait pas susceptible de s'appliquer à des contrats d'adhésion tels que les contrats d'enseigne conclus entre des partenaires commerciaux ou encore à des contrats conclus entre un cyberconsommateur et une plateforme numérique.

Néanmoins, selon une autre interprétation du principe énoncé au troisième alinéa de l'article 1105 du nouveau Code civil selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales, les contrats d'affaires tels que les contrats d'enseigne pourraient être appréhendés sur le fondement de l'article 1171 du Code civil.

En vertu de cette autre interprétation, l'application de l'adage « *le spécial déroge au général* » supposerait des textes en conflit tendant aux mêmes finalités.

Or, tel n'est pas le cas des articles L.442-6, I, 2° du Code de commerce et de l'article 1171 du Code civil : le premier vise la réparation d'un préjudice par l'engagement de la responsabilité extracontractuelle tandis que le second sanctionne le déséquilibre significatif par le recours au « *réputé non écrit* » de la clause litigieuse.

Une option, voire même une invocation cumulative pourrait dès lors exister entre les deux fondements. Deux éléments pourraient en effet pousser les opérateurs économiques à une invocation optionnelle entre l'article 1171 et l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce : la spécialisation des juridictions en matière de pratiques restrictives de concurrence et la prescription ou plutôt l'imprescriptibilité de l'action fondée sur le « *réputé non écrit* ».

D'une part, en se plaçant sous le régime de l'article 1171 du Code civil, les entreprises pourraient ainsi éviter d'avoir à se conformer à la compétence territoriale propre à l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

D'autre part, dans l'hypothèse où l'action sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce serait prescrite, l'une des solutions pour supprimer une clause entraînant un déséquilibre significatif serait de se situer sur le terrain de l'article 1171.

En effet, l'une des caractéristiques du régime juridique de la clause réputée non écrite est qu'il n'enferme l'action dans aucun délai de prescription. La clause réputée non écrite est considérée comme n'ayant pas d'existence et, de ce fait, aucune prescription ne court.

Enfin, une application cumulative pourrait même être envisageable en présence de partenaires commerciaux.

L'une des parties à un contrat d'adhésion pourrait ainsi solliciter du juge que la clause qu'elle estime déséquilibrée soit réputée non écrite sur le fondement de l'article 1171 du Code civil et demander l'indemnisation de son préjudice au titre de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

Notons toutefois qu'un partenaire commercial s'estimant victime d'un déséquilibre significatif pourrait également solliciter la nullité de la clause litigieuse sur le fondement des nouveaux articles 1162 et 1169<sup>3</sup>. En effet, la jurisprudence autorise aujourd'hui la victime d'un déséquilibre significatif à agir en nullité à l'encontre de l'auteur du déséquilibre sur le fondement des dispositions de l'article 1131 du Code civil relatives à la cause. Ces dernières disparaissant à partir du 1er octobre prochain au profit du « contenu du contrat » (articles 1162 à 1171), les articles 1162<sup>2</sup> et 1169 du nouveau Code civil deviendraient les fondements de substitution à cette action en annulation.

Autant de problématiques qui seront soumises à l'office du juge dans les prochaines années ! Et que de belles questions en perspective devant les tribunaux !

1. A partir du 1er juillet 2016, en application de l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, l'article L.132-1 sera recodifié aux articles L.212-1 à L.212-3 du Code de la consommation.
2. Article 1162 « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».
3. Article 1169 « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ».

**Programme des interventions et des formations 2016 :**

L'essentiel du droit du commerce électronique : la vente en ligne en 10 points clés

- Le 02/06/2016

Négociations Commerciales Annuelles

- Le 20/09/2016

La rupture brutale de relations commerciales établies

- Le 29/09/2016

Négociations Commerciales Annuelles

- Le 11/10/2016

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site  
[www.grall-legal.fr](http://www.grall-legal.fr)**

## L'essentiel du droit du commerce électronique : la vente en ligne en 10 points clés

Date : 2 Juin 2016

La formation sera animée par : Nathalia Kouchnir-Cargill et Eléonore Camilleri

Formule : ½ journée (9h - 13h) – Tarif : 650€ HT

### Les principaux objectifs de la formation :

- Identifier les problématiques juridiques du commerce en ligne en fonction de vos objectifs
- Connaitre les conditions de la validité de la vente à distance en ligne depuis la loi « *consommation* » (Hamon) du 17 mars 2014
- Anticiper les contrôles des agents de la CNIL et de la DGCCRF au regard de la loi « *informatique et libertés* » (données personnelles, cookies...)

---

Pour nous contacter :

Adresse : 63, avenue de Villiers - 75017 Paris - Palais P 40

T +33 (0)1 53 57 31 70 - F +33 (0)1 47 20 90 40

contact@grall-legal.fr

---

[www.Grall-Legal.fr](http://www.Grall-Legal.fr)

Tous droits réservés - Comme toute information à caractère général, le Flash Concurrence ne saurait engager la responsabilité de Grall & Associés.