

N° 1-2019

---

### Force exécutoire : La Commission d'examen des pratiques commerciales considère qu'il est nécessaire d'apprécier le degré de force exécutoire d'un contrat avant d'analyser l'existence d'un déséquilibre significatif

#### DISTRIBUTION, FRANCE, DISTRIBUTION/VENTE, DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

Commission d'examen des pratiques commerciales, 15 octobre 2018, Avis 15-23

---

**Jean-Michel Vertut** | Jean-Michel Vertut - Avocat (Montpellier)

**Concurrences N° 1-2019 | Alertes | Distribution**

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris avait retenu notre attention, en ce qu'il avait rappelé la nécessité d'établir la soumission ou la tentative de soumission, lorsqu'il est question de faire application de l'article L. 442-6 I 2° C. com. (Paris, 20 déc. 2017, n° 13/04879, Lettre distr. janvier 2018, nos obs.). L'affaire, qui opposait le Ministre de l'Économie à ITM Alimentaire International dans le cadre des assignations « Novelli », avait donné lieu avant dire droit, à la saisine pour avis de la CEPC en mars 2015 par la Cour d'appel de Paris. L'avis sollicité a été rendu le 25 juin 2015 sans pour autant donner lieu à publication sur le site de la CEPC. Le contenu de cet avis, partiellement rappelé dans l'arrêt précité, a ensuite été pris en compte dans la motivation des juges. Ces derniers avaient alors considéré, que le Ministre n'avait pas rapporté la preuve de la soumission ou tentative de soumission des fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à l'occasion d'un contrat type présenté à la signature des fournisseurs et par la suite signé par ces derniers pour l'année 2009. L'avis précité venant, trois ans plus tard, d'être publié, nous en profitons pour nous intéresser à la problématique des stipulations qui, sans que leur caractère contractuel ne soit discutable, ne créent pas à proprement parler d'obligation au sens de l'ancienne « *distinction cardinale entre faire, ne pas faire et donner* » (G. Chantepie, M. Latina, Le nouveau droit des obligations, 2e éd., Dalloz, n° 758).

Pour rappel, la clause litigieuse (désignée par la CEPC « *clause d'exclusion ou de re-discussion* »), prévoyait qu'un certain nombre de clauses, énumérées de manière non exhaustive, seraient exclues ou rediscutées d'un commun accord au motif qu'elles pouvaient être considérées comme déséquilibrées et/ou abusives ou ne relevaient pas de la négociation commerciale et/ou relevaient d'un autre document signé par les deux parties. Ces clauses étaient relatives (i) aux conditions particulières pour la passation et/ou l'acceptation des commandes, (ii) à l'exclusion des réserves si ces dernières ne sont pas mentionnées sur les bons de livraison, (iii) à des délais abusivement écourtés pour contester le bien-fondé ou le règlement d'une facture, (iv) à l'application des CGV aux services rendus par les distributeurs, (v) aux conditions logistiques incompatibles avec l'organisation du groupement, (vi) à l'exonération ou la limitation de responsabilité du fournisseur. Anticipant l'existence de ces clauses, au demeurant fréquentes dans les CGV des fournisseurs à partir desquelles doit s'engager la relation commerciale, le contrat type proposé par le distributeur prévoyait donc une « clause anti clauses » afin de neutraliser ces dernières *a priori*.

Pour la CEPC, cet article « *visait essentiellement à écarter a priori ou à rediscuter certaines dispositions contractuelles dans le but d'ouvrir ou de ré-ouvrir une négociation entre les parties. Il prévoit en effet le principe d'une possibilité d'exclusion ou de re-discussion d'un commun accord de certaines stipulations notamment contenues dans les CGV des fournisseurs* ». Délaissant en l'espèce la recherche d'un déséquilibre des clauses au bénéfice de l'une des parties et, dans l'affirmative, d'une éventuelle « compensation » des clauses dans le cadre d'une appréciation globale et concrète du contrat, faute de disposer de suffisamment d'éléments tenant à l'économie générale de la relation, la CEPC transporte son examen à un niveau amont. Considérant pourtant que la clause litigieuse de l'accord type était aussi une clause du contrat final, la Commission est d'avis que « *le problème posé est moins celui de l'existence d'un déséquilibre significatif que celui de la remise en cause du contrat signé entre les parties et de l'incertitude qui en découle du point de vue de la force exécutoire* ». Elle se dit alors préoccupée par le risque que présente cette convention d'affaires, de voir le distributeur revenir sur certaines clauses du contrat établi à l'issue de la négociation. Autrement dit, pour la CEPC, avec un tel dispositif contractuel, rien n'est stable et le contrat est susceptible d'être constamment remis en cause sur la base de la rédaction de l'article visant la possible suppression ou re-discussion des six points des CGV, ces points étant en outre listés de façon non exhaustive. Et la Commission d'en conclure que, « *en définitive, la question préalable, avant d'analyser l'existence ou non d'un déséquilibre significatif, est celle de la force obligatoire des contrats. Dans le cas présent, l'article 2 implique que la négociation n'est jamais véritablement achevée et que, par conséquent, l'accord de volonté des parties peut être privé de force obligatoire* ». En pratique de surcroît, la renégociation serait-elle possible au plan des principes pour le fournisseur, l'on peut constater que les conventions annuelles sont malheureusement très souvent finalisées et conclues *in extremis* dans les derniers jours de février. Alors que la signature de l'accord annuel tient lieu d'objectif pour le fournisseur et lui apporte une certaine délivrance, il est aussi inopportun pour lui de repartir à l'assaut du client pour réclamer la réouverture d'une négociation qui vient tout juste d'être finalisée, que risqué de voir cette renégociation s'étendre à d'autres sujets, dont le prix. Les négociations annuelles sont, de plus, supposées se terminer avec la signature de l'accord au plus tard le 1er mars (Paris, 18 janv. 2017, n°14/08437, Lettre distr. févr. 2017 ou Rev. Lamy dr. conc. avril 2017, nos obs.).

Après avoir éludé, dans l'avis, l'analyse d'une possible soumission ou tentative de soumission, faute il est vrai de disposer de plus amples informations, c'est au tour de l'examen d'un éventuel déséquilibre significatif d'être sacrifié sur l'autel de l'incertitude quant à la force obligatoire d'un contrat pourtant conclu. Détaché du cas particulier, cette appréciation conduit à ce que les dispositions d'un contrat type une fois signé, de même que les éventuelles clauses au titre des conditions fixées le cas échéant par le distributeur (ex. en matière logistique et approvisionnement) fassent seule loi entre les parties.

Il sera finalement jugé par la Cour d'appel après la réouverture des débats que « *la clause litigieuse ne contient aucune obligation positive mais renvoie à la faculté, pour les parties, d'exclure ou rediscuter des clauses des CGV du fournisseur d'un commun accord ; elle renvoie à de possibles négociations futures* » et que « *ce procédé n'est donc pas en soi constitutif d'une obligation source de déséquilibre significatif, celui-ci devant s'apprécier lors de la négociation effective des clauses déséquilibrées* ».

Pourtant, la stipulation litigieuse ne fait-elle pas partie intégrante d'un contrat ? Ne devrait-elle pas pouvoir donner lieu au contrôle sous l'angle du déséquilibre significatif ? L'analyse ne fait-elle pas la part un peu trop belle aux « clauses anti clauses » ? Il ne nous semble d'ailleurs pas que l'article L. 442-6 I 2° vise les seules « obligations positives » – terme employé par la Cour suite à l'avis – alors que la stipulation concernée peut conduire à créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Une telle approche conduit ainsi à réduire le périmètre du point 2° de l'article L. 442-6 I au contenu strictement obligationnel du contrat, sans se préoccuper du possible abus résultant, par exemple, de clauses à contenu non obligationnel, mais que les parties ne sont pas moins tenues de respecter (voir sur ces questions P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD Civ. 1999, p. 771 ; Th. Revet, La prise d'effet du contrat, RDC 2004, n° RDC 2004, p. 29). Cette analyse apparaît au demeurant beaucoup plus restrictive que celle, plus en phase avec l'esprit du texte, issue d'un arrêt plus récent, jugeant que la notion de déséquilibre significatif englobe aussi les « pratiques » (Paris, 16 mai 2018, n°17/11187, Lettre distr. juin 2018 ou Rev. Lamy dr. conc. Juillet-Août 2018, nos obs.).

Cet article a fait l'objet d'une première publication dans la *Lettre de la distribution* ↗ publiée par le Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Montpellier.