

imposent, pour les produits alimentaires, une certaine transparence sur la part des matières premières dans le produit fini (C. com., art. L. 441-1-1, l'information est connue puisque le produit existe déjà lors du démarrage des négociations). Parallèlement, le régime des conventions annuelles pourrait également être déclaré applicable (C. com., art. L. 441-3, L. 441-4, L. 443-8) en concours avec les dispositions propres aux contrats MDD (C. com., art. L. 441-7). Il en découlerait une fracture au sein des contrats MDD entre ceux relevant uniquement de leur régime propre et ceux relevant également du régime prévu pour les marques nationales et, pour ces derniers, un cumul de textes applicables et des risques de conflits que le législateur n'a sans doute pas pris en compte, sauf à ce qu'il ait entendu faire jouer la règle *specialia generalibus* (l'article L. 441-7 écarterait alors d'office tous les autres textes).

S'agissant de la possibilité de facturer des services de coopération commerciale, l'avis de la CEPC ne surprend pas en ce qu'il reprend une position déjà exprimée et depuis confirmée par la loi EGAlim du 18 octobre 2021. L'article 441-7, IV C. com. issu de cette loi énonce aujourd'hui qu'aucune « *dépense liée aux opérations promotionnelles d'un produit vendu sous marque de distributeur ne peut être mise à la charge du fabricant* » ; mais la règle découlait déjà de l'interdiction plus générale faite au distributeur d'obtenir un avantage sans l'assortir d'une contrepartie proportionnée (C. com., art. L. 442-1, I). En effet, dès 2009, la CEPC relevait que la facturation de tels services « *n'est absolument pas adaptée au cas des MDD, produits de fidélisation des clients à l'enseigne et non au fabricant* » (CEPC, Avis 9-13, Lettre distrib. 01/2010, p. 7).

Le présent avis n'innove pas, sauf à dire qu'il répond plus clairement à l'argument suivant lequel le fournisseur trouverait un avantage aux services de promotion à travers l'augmentation du volume de ses ventes. Pour la CEPC, « *cette augmentation du chiffre d'affaires est inhérente à l'exécution-même du contrat, et ne saurait constituer une contrepartie spécifique au profit du fournisseur. Plus précisément, il convient de rappeler que les services de coopération commerciale sont destinés à développer la notoriété d'un produit au profit du fournisseur. Or, la notoriété d'un produit est essentiellement attachée à sa marque, marque dont la titularité et l'usage appartiennent, dans le cas des MDD, aux distributeurs* ». La solution est assez dogmatique, laisse des questions en suspens (*quid* des autres services ?) mais permet d'aligner parfaitement le régime des contrats échappant encore à la loi EGAlim 2 (contrats en cours au 1^{er} janvier 2022 qui bénéficient d'une année de sursis) sur celui des contrats déjà soumis au texte (conclus à partir du 1^{er} janvier 2022) pour lesquels la règle applicable aujourd'hui ne fait aucun doute et ne souffre d'aucune exception.

N. Eréséo

titre du déséquilibre significatif est cependant cassé.

Premier problème : déséquilibre significatif et bonne foi. La mise en œuvre par le concédant de clauses qui, selon le concessionnaire, ont eu pour effet de paralyser son activité commerciale et l'ont conduit au redressement judiciaire, est-elle de nature, lorsque ces clauses relèvent d'un déséquilibre significatif, à caractériser la mauvaise foi du concédant dans l'exécution du contrat, ici à l'occasion de l'exercice de l'exception d'inexécution ?

Solution. « *Il n'existe aucun lien d'indivisibilité entre l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à le supposer caractérisé, et le non-respect d'une obligation de bonne foi* » (pt 9.).

Observations. La Cour de cassation dément le postulat, qu'elle qualifie d'erroné, que renferme le moyen. Il n'y a pas corrélation entre, d'une part, le déséquilibre significatif et, d'autre part, l'obligation de bonne foi ou autrement énoncé la mauvaise foi. Les deux notions étant étrangères, il serait vain de les associer par essence et *ipso facto*. Le rappel des faits (pt. 6.), semble faire ressortir que le moyen tiré de la mauvaise foi était soutenu à titre principal et le déséquilibre significatif, supposant l'existence d'une soumission, à titre subsidiaire. La confusion des genres qui transparait ensuite dans l'énoncé du moyen (pt 8.), offre à la Cour l'opportunité d'une clarification quant à l'absence d'indivisibilité. Cette clarification évitera de voir les débats en matière de déséquilibre significatif troublés par des considérations qui, en elles-mêmes, leurs sont étrangères (rapp. S. Chaudouet, Le déséquilibre significatif, LGDJ, 2021, n° 753 et 754). Toutefois, rien ne s'opposerait, de notre point de vue, à ce que de telles considérations soient prises en compte, dans le cas – aggravé – de l'exécution de mauvaise foi de prérogatives contractuelles tombant sous le coup de la prohibition du déséquilibre significatif. C'est semble-t-il ce que cherchait à faire reconnaître la partie victime, mais de manière trop fusionnelle aux yeux de la Cour.

Deuxième problème : soumission et acceptation/adhésion antérieure. Le renouvellement à plusieurs reprises d'un contrat d'adhésion souscrit en ligne, renfermant des obligations susceptibles de caractériser un déséquilibre significatif, sans que la victime ne justifie avoir tenté en vain d'en négocier les conditions, s'oppose-t-il *ipso facto* à l'invocation ultérieure par la victime d'un tel déséquilibre ?

Solution. Non, répond la Cour, désapprouvant ainsi la Cour d'appel qui, « *en se déterminant par des motifs impropres à écarter la caractérisation de la soumission ou de la tentative de soumission, en l'état des conditions de souscription des contrats et de l'impossibilité d'en modifier les clauses qui étaient invoquées, (...) n'a pas légalement justifié sa décision.* » (pt 13.).

Observations. Dans les circonstances et conditions de la souscription des contrats, la victime avait-elle, raisonnablement et effectivement, la possibilité de négocier les termes du contrat et notamment de modifier ses clauses ? Il était en l'espèce question de clauses qui, dans les conditions générales du concédant, lui permettaient, selon le concessionnaire, pour l'une de suspendre les prestations de maintenance pour l'ensemble des contrats souscrits, quand bien même les impayés n'auraient concerné que certains d'entre eux et, pour l'autre, de suspendre l'exécution des commandes de nouveaux contrats de maintenance, paralysant ainsi l'activité commerciale du concessionnaire dans l'impossibilité de vendre ses machines en stock faute de service de maintenance. Ces clauses avaient certes été acceptées en l'état, sans négociation, ce qui n'est pas contesté. Mais pouvait-il raisonnablement en être autrement par une modification de leur contenu au vu des circonstances de la souscription du contrat qui les contenait. L'automatisme du procédé de souscription permet d'en douter, tant il paraît illusoire encore de nos jours de prétendre négocier avec une « machine ». En pareil contexte, faut-il considérer défaillante la victime dans la démonstration de ce qu'elle n'a pas, mais vainement, cherché à négocier, alors que, de fait, elle ne le peut pas. Négatif, estime la Cour « *en l'état des conditions de souscription des contrats et de l'impossibilité d'en modifier les clauses qui étaient invoquées* ». Voilà une solution teintée de pragmatisme à l'heure des contrats « clics » et de la multiplication des conventions acceptées par signatures électroniques, si ces dernières ne sont pas précédées d'une négociation effective. Le moyen de droit pétri d'histoire de l'acceptation passée des clauses litigieuses a donc été non convainquant. L'habitude, mauvaise car *contra legem*, ne fait pas la règle. *Nemo auditur* diront certains. Par une rapide association d'idées, il nous revient aussi à l'esprit que, lorsqu'il s'agit d'apprécier un déséquilibre à partir d'une référence aux comportements passés au vu d'une habitude contractuelle, « *au sens de pratique [...] établie entre deux parties à un contrat* », cette pratique « *suivie par les parties, qu'elle soit antérieure ou présente, ne peut servir de référentiel à partir duquel examiner une clause, pour la simple raison qu'on ne peut prendre ce que l'on apprécie comme référence à ... ce que l'on*

Points de vue pratiques

Cass. com., 6 avril 2022, n° 20-20.887

Déséquilibre significatif, bonne foi, habitude et proportionnalité : non disruptif mais instructif

Faits. La société Xerox (ci-après « Xerox » ou le « concédant ») et la société Document Concept 87-23 l'un de ses concessionnaires (ci-après « Concept » ou le « concessionnaire »), étaient liées depuis 2007, par des contrats successifs de concession à durée déterminée de trois ans renouvelables. Le dernier renouvellement datait du 25 avril 2014, à effet du 30 novembre 2013, de sorte que le contrat expirait le 30 novembre 2016. L'objet de ces contrats, souscrits en ligne par adhésion via un simple « clic » du concessionnaire (arrêt, pt 10.), était de voir ce dernier proposer des contrats de maintenance des matériels Xerox, conclus directement entre le concessionnaire et ses clients utilisateurs. Les opérations de maintenance étaient par la suite sous-traitées à Xerox, qui les facturait au concessionnaire. Ayant subi en 2015 le défaut de règlement de certaines de ses factures, Xerox se référant aux dispositions contractuelles, a suspendu ses prestations de maintenance dans le cadre de l'exception d'inexécution. Reprochant au concédant d'avoir mis en œuvre, de mauvaise foi, les dispositions des conditions générales des contrats de maintenance et, subsidiairement, de faire application de clauses créant un déséquilibre significatif, le concessionnaire, alors en liquidation, l'assigne en annulation des clauses litigieuses et en paiement de dommages-intérêts. Par arrêt confirmatif (Paris, 17 juin 2020, 18/23452), la Cour d'appel de Paris rejette ses demandes. L'arrêt ayant rejeté les demandes de Concept au

Points de vue pratiques

apprécie » (S. Chaudouet, préc. n° 333). Une acceptation passée n'est donc pas, selon l'arrêt, un référent comportemental pertinent qui avaliserait l'absence de soumission, tant originelle qu'actuelle. Le constat du renouvellement de l'acceptation des clauses litigieuses, à l'occasion du renouvellement des conventions les contenant, n'encarcane donc pas la victime et ne saurait neutraliser l'application ultérieure de l'article L. 442-6 I 2° (devenu L. 442-1 I 2°). La solution de l'arrêt qui, comme d'autres décisions traitant de l'acceptation d'une situation obligationnelle (Paris, 23 févr. 2022, n° 21/07731, Lettre distrib. 04/2022, nos obs.), de sa réitération ou sa permanence (sur l'accoutumance : Trib. com. Paris, 31 mai 2021, n° 2017025155 et n° 2017025159, Lettre distrib. 10/2021 ou RLC, Avril 2022, n° 115, p. 34 et s. nos obs.), dicte la nécessité d'une approche pragmatique en matière de caractérisation de la soumission.

Troisième problème : disproportion entre intensités des obligations et celle des contreparties en échange. A supposer l'existence de contreparties à des obligations non réciproques, le juge doit-il se livrer à un examen concret de proportionnalité entre, d'une part, les droits de l'un et, d'autre part, les contreparties retirées par l'autre au titre du contrat ?

Solution. Oui, répond la Cour de cassation, tout en constatant que cela ne ressort pas de l'analyse de la Cour d'appel, qui s'est limitée à constater l'existence de ce qu'elle estimait être une contrepartie : « En se déterminant ainsi, sans examiner concrètement la proportion entre, d'un côté, la suspension de l'intégralité des contrats en cas d'impayés sur certains d'entre eux seulement et, de l'autre, les contreparties qu'elle a relevées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. » (pt 16.)

Observations. Le débat était celui de l'équilibre par la proportionnalité entre, d'un côté, les droits du concédant à l'occasion d'impayés (qui n'auraient pas concerné la totalité des contrats souscrits) de son pouvoir de suspendre tant les prestations de maintenance pour l'ensemble des contrats souscrits que l'exécution des commandes de nouveaux contrats de maintenance, et de l'autre, la contrepartie que constituait pour le concessionnaire, selon le concédant, « la marge librement fixée par la société Concept, le chiffre d'affaires réalisé en conséquence sur les prestations de maintenance et l'avantage de trésorerie en résultant » et qui, ensemble, constituaient le « principal actif de la concession ». Trois observations à cela :

- D'abord, le séquençage de la qualification suppose une approche analytique du contenu du contrat, clause par clause, qui consiste à identifier le déséquilibre créé par une clause litigieuse, puis une approche globale du contrat qui implique d'aller chercher dans le reste de son contenu et dans son économie générale si le déséquilibre créé par cette clause est utilement contrebalancé par d'autres clauses trouvées par ailleurs (T. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017050625, Lettre distrib. 09/2019, S.C.). La Cour relève que les juges du fond avaient constaté l'absence de réciprocité des droits et obligations contenus dans les clauses litigieuses (pt. 15 : « Pour statuer encore comme il fait, l'arrêt retient que les clauses litigieuses (...) et sans réciprocité »). Fort de ce constat et afin d'apprécier si la présence dans le contrat de clauses litigieuses étaient équilibrées par ailleurs, la Cour d'appel s'est donc questionnée – mais insuffisamment – sur la contrepartie que pourrait opposer à son cocontractant, le bénéficiaire des droits au titre de cette clause. La Cour de cassation exerce donc ici un contrôle sur la méthode d'appréciation du déséquilibre significatif adoptée par les juges du fond et rappelle la chronologie de leur office.

- Ensuite, l'exigence d'un examen concret de proportionnalité n'est ni surprenante ni inédite : l'article L. 442-6 I 2° C. Com. promeut l'équilibre dans les relations commerciales et en sanctionne l'inobservation. Cet équilibre ne saurait être garanti par le seul constat d'une contrepartie d'apparat, à la supposer existante, mais dont il faut examiner la densité. Cet impératif de proportionnalité ressort d'arrêts de la Cour d'appel de Paris qui a déjà jugé que « l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties » (Paris, 12 juin 2019, n° 18/20323, Lettre distrib. 07-08/2019, S.C ; Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, Lettre distrib. 06/2018 ou RLC, n° 74, juillet-août 2018, nos obs. ; Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166, Lettre distrib. 07-08/2013). L'arrêt sous commentaire sonne comme un rappel à la Cour de Paris de ses propres solutions.

- Enfin, les facteurs retenus par la Cour d'appel, dont elle aurait dû « concrètement examiner la proportion » selon l'arrêt de cassation, peuvent étonner en tant que contrepartie. Le premier d'entre eux serait « la marge librement fixée par la société Concept ». Sauf erreur ou incompréhension du cas d'espèce, un opérateur indépendant ne peut en principe se voir interdire de déterminer la marge commerciale qu'il entend pratiquer à l'aval et l'on n'est pas ici en présence d'un droit supplétif, mais d'ordre public. Il nous apparaît difficile de prétendre que l'invocation de la jouissance de ce droit, incontournable, est une contrepartie. Les deuxième et troisième facteurs que sont « le chiffre d'affaires réalisé en

conséquence sur les prestations de maintenance et l'avantage de trésorerie en résultant », ne sont-ils pas tout simplement la traduction de l'exercice de l'activité économique prévue au contrat, quand bien même procure-t-elle au cocontractant un volant de trésorerie permis par le chiffre d'affaires incident réalisé. Ne manque pas non plus d'étonner, la référence au constat du fait matériel que « les prestations de maintenance constituent le principal actif de la concession », alors qu'une fois identifié le déséquilibre au titre d'une clause donnée et comme déjà mentionné, l'« approche globale du contrat (...) implique d'aller chercher dans le reste de son contenu et dans son économie générale si le déséquilibre créé par cette clause est utilement contrebalancé par d'autres clauses trouvées par ailleurs » (voir T. com. Paris, 2 sept. 2019, préc.).

L'arrêt rapporté, bien que non disruptif selon nous, rappelle la nécessité du contrôle de proportionnalité de la contrepartie à la fin du séquençage de l'analyse du déséquilibre significatif. L'office du juge s'arrête à ce stade et pas avant. L'effectivité du dispositif ne peut qu'en ressortir renforcée. En définitive, la solution s'oppose à ce que l'invocation d'une ou plusieurs contreparties – à la(les) supposer existante(s) – suffise en soi à justifier des clauses querellées. Nous y voyons un témoignage supplémentaire de la convergence d'analyse de la contrepartie sur le fondement de la prohibition du déséquilibre significatif, avec celle menée sur le fondement de la prohibition des avantages sans contrepartie ou moyennant une contrepartie manifestement disproportionnée de l'ancien article L. 442-6 I 1° C. Com (voir T. com. Paris, 6 juill. 2021, n° 2016064825, Lettre distrib. 09/2021, nos obs.).

J-M. Vertut

CA Lyon, 7 avril 2022, n° 18/07221

Pas de convention récapitulative sans négociation et opposabilité des CGV figurant au verso des factures

Faits. La société D exploite une officine de pharmacie et entretient, depuis 1987, des relations commerciales avec la société AHR, spécialisée dans le commerce de gros de produits pharmaceutiques et parapharmaceutiques. Du fait de plusieurs impayés de la société D, la société AHR, se fondant sur les stipulations de ses CGV, suspend à son égard l'application de ses remises commerciales, et l'informe qu'à défaut de paiement, elle mettrait un terme aux livraisons futures. La société D conteste l'opposabilité des CGV, considérant, d'une part, qu'aucune convention récapitulative de la négociation commerciale formalisant les taux de remises n'ayant été conclue conformément à l'article L441-7 anc. du Code de commerce [L441-3 nouveau], les CGV ne pouvaient régir les relations des parties, et, d'autre part, que leur présence au verso des factures ne démontrait pas leur acceptation par la société D.

Problème. En l'absence de conclusion d'une convention récapitulative de la négociation commerciale, les relations des parties peuvent-elles être régies par les CGV ? Ces dernières n'ayant pas été acceptées expressément mais figurant au verso des factures sont-elles pour autant opposables au client ?

Solution. S'agissant de l'obligation de conclure une convention récapitulative de la négociation commerciale, la Cour fait sienne la solution établie par l'avis n°10-07 de la CEPC, selon lequel « la convention indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale », ce qui implique, selon elle, la réunion de deux éléments : d'une part, « une certaine permanence de la relation commerciale dont les flux puissent être canalisés dans des engagements annuels », et, d'autre part, « qu'il soit d'usage de négocier dans ce type de relation », cette convention n'est donc pas requise « lorsque la relation commerciale se borne à la conclusion de contrats instantanés sur le fondement des conditions générales ou catégorielles du vendeur [...] la convention conclue entre les parties est constituée par les conditions générales de vente ou les conditions catégorielles écrites du fournisseur incluant, le cas échéant, un barème de réductions de prix », mais également en présence de contrats de longue durée pour lesquels « il paraît artificiel d'en réduire la durée à un an ». « En revanche, chaque fois que des conditions dérogeant aux conditions générales de vente seront conclues, ce qui implique une négociation, ou chaque fois qu'il sera convenu de services de coopération commerciale ou d'autres obligations, la convention unique s'imposera ». La Cour décide ainsi que « la rédaction d'une convention unique au sens de l'article L.441-7 ne s'impose pas contrairement aux allégations de la société D... les relations entre les parties étant régies par les conditions générales de vente ; elle ne s'imposait pas non plus en l'absence de conclusion entre les parties de conditions dérogeant aux conditions générales de vente ». S'agissant de l'opposabilité des conditions générales de vente figurant au verso de factures, la Cour relève que « les conditions générales de vente de la société AHR respectent les exigences de l'article L 441-6