

ÉTUDE **DROIT ÉCONOMIQUE**

## DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

La doctrine et la jurisprudence se sont appuyées sur une imprécision de l'article L. 442-6 du Code de commerce pour contester à la victime d'un déséquilibre significatif le droit d'agir en nullité de la clause en litige.

Après que le législateur est intervenu pour lever l'ambiguïté, la chambre commerciale de la Cour de cassation met les pendules à l'heure.

1075

# L'action en nullité de la victime du **déséquilibre significatif**

## À propos de deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 septembre 2020

Étude rédigée par Patrice Mihailov



Patrice Mihailov est avocat

### 1. La jurisprudence était incertaine

1 - Après avoir énoncé dans le 2° de son I<sup>1</sup>, que la soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif engageait la responsabilité de son auteur, l'article L. 442-6 prévoyait, dans son III, que « l'action » était introduite par toute personne intéressée, par le ministère public, par le ministre de l'Économie ou le Président de l'Autorité de la concurrence.

Au titre de cette action, dont on comprend à la lumière du I qu'elle pouvait tendre à la réparation du préjudice causé, le III<sup>2</sup> précisait que « (...) le ministre chargé de l'économie et le minis-

1 C. com., art. L. 442-6, 2, § 1 dans la rédaction issue de L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie : JO 5 août 2008, texte n° 1 ; JCP E 2008, act. 398 ; JCP E 2008, 2185.

2 C. com., art. L. 442-6, 2, § 3 dans la rédaction issue de L. n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : JO 16 mai 2001, texte n° 2 ; JCP E 2001, act. 1157.

*rière public peuvent (...) faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites ».*

Les entreprises, dont les dispositifs contractuels étaient disputés, ont invoqué le principe « *pas de nullité sans texte* » pour faire valoir qu'en l'état de la rédaction de l'article L. 442-6, l'action en nullité n'était pas accessible aux contestataires.

2 - Dans cet esprit, la cour d'appel de Versailles avait jugé, de manière on ne peut plus claire, que l'action de la victime n'était pas prévue par le texte :

« (...) l'article L. 442-6 du code de commerce peut (...) être qualifié d'ordre public ;

considérant que ce texte (...) institue exclusivement comme sanction de telles pratiques la responsabilité civile de leur auteur ; considérant qu'il suit de là que la société INTERBREW ne saurait, sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce de caractère spécial primant sur le droit commun, sauf à la dénaturer en ajoutant une sanction non prévue, en violation de la volonté du législateur et en procédant à une confusion entre la règle et sa sanction, se prévaloir d'une éventuelle nullité des accords de partenariat en cause pour rechercher, consécutivement, la nullité de la clause attributive de compétence y figurant ;

considérant que la tentative de parallélisme avec les pratiques anticoncurrentielles opérée par la société INTERBREW est également inopérante dans la mesure où l'article L. 420-3 du code de commerce prescrit expressément la nullité des conventions se rapportant à de telles pratiques prohibées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du même et code (...) »<sup>3</sup>.

3 - Rompant avec cette approche, la cour d'appel de Paris, seule compétente pour connaître de ce contentieux depuis 2009<sup>4</sup>, avait d'abord considéré que la victime pouvait rechercher l'annulation de la clause sur le fondement de l'absence de cause :

« Les prétendus accords de coopération commerciale, établis en violation des articles L. 441-3, L. 441-6 et L. 442-6 du code de commerce, sont nuls sur le fondement de l'article 1131 du code civil.

En effet, d'une part, en l'absence de contrepartie réelle ils sont dépourvus de cause, d'autre part, leur cause est illicite puisqu'ils violent les dispositions impératives de l'ordre public économique tel qu'il résulte des articles susvisés du code de commerce.

La nullité est encourue dès lors qu'elle est invoquée par celui dont la loi qui a été méconnue tendait à assurer la protection, en l'espèce le fournisseur protégé par la législation d'ordre public relative à la coopération commerciale »<sup>5</sup>.

3 CA Versailles, 30 sept. 2004, n° 2001-07008.

4 D. n° 2009-1384, 11 nov. 2009, relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestations de nationalité et de pratiques restrictives de concurrence, art. 2 : JO 15 nov. 2009, texte n° 6 ; JCP E 2009, act. 548.

5 CA Paris, pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, n° 10/02616 : JurisData n° 2011-009479 ; JCP E 2011, 1876, note Ph. Stoffel-Munck.

4 - Cette affaire a été portée devant la Cour de cassation, qui, pour répondre à un moyen relatif à la prescription et déterminer le régime applicable, a retenu que les demandes étaient « (...) fondées sur la nullité d'ordre public économique des contrats de coopération commerciale »<sup>6</sup>.

5 - Tirant les conséquences de cette qualification, la cour d'appel de Paris a reconnu à la victime le droit de réclamer l'annulation de la clause contestée sur le fondement de l'article L. 442-6 lui-même :

- « (...) les contrats contraires aux dispositions des articles L. 442-6 du code de commerce sont entachés d'une nullité absolue, invocable par toute personne intéressée »<sup>7</sup> ;

- « (...) il résulte de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 442-6-III du code de commerce que tout partenaire commercial lésé par une pratique restrictive de concurrence peut agir devant la juridiction civile ou commerciale compétente pour faire annuler les clauses ou contrats illicites, obtenir la répétition de l'indu et le paiement de dommages-intérêts, et ce même si le Ministre engage une action en justice aux mêmes fins »<sup>8</sup> ;

- « (...) la stipulation de pénalités de retard forfaitaires prévue au contrat, se cumulant avec les pénalités de retard stipulées à l'article 9 des conditions générales, présente un caractère léonin et manifeste un déséquilibre significatif entre les parties au détriment de l'appelante, au sens de l'article L. 442-6 I, 2° du code de commerce et encourt la nullité en raison du défaut de cause aux obligations cumulatives contractées par l'appelante »<sup>9</sup> ;

- « Les dispositions de l'article L442-6 du code de commerce n'empêchent pas une partie s'estimant victime de pratiques restrictives de concurrence d'invoquer la nullité de clauses ou du contrat lui-même, et les contrats contraires aux dispositions des articles L442-6 du code de commerce sont entachés d'une nullité absolue »<sup>10</sup> ;

- « (...) l'article 12.1 des conditions générales (...) crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; il y a donc lieu de prononcer la nullité de cette clause (...) »<sup>11</sup>.

6 - Mais, en 2017, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation est venu jeter le trouble en jugeant que :

« (...) c'est sans méconnaître l'objet du litige que la cour d'appel, qui était saisie d'une demande en nullité de la clause pour déséquilibre significatif fondée de manière inopérante sur l'article L. 442-6

6 Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-17.458 : JurisData n° 2012-020227 ; Contrats, conc. consom. 2012, comm. 257, N. Mathey.

7 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n° 13/11059 : JurisData n° 2014-026028.

8 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1<sup>er</sup> juill. 2015, n° 13/19251 : JurisData n° 2015-016920.

9 CA Paris, pôle 5, ch. 11, 7 oct. 2016, n° 13/19175 : JurisData n° 2016-020921 ; JCl. Communication, Synthèse 130.

10 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 22 févr. 2017, n° 16/17924 : JurisData n° 2017-003175.

11 CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 11 oct. 2017, n° 15/03313.

du code de commerce, a, statuant au regard des dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation que la société Nord Toitures évoquait dans ses écritures, retenu que le contrat conclu entre les deux sociétés, toutes deux commerçantes, pour les besoins professionnels de l'une d'elles, ne relevait pas de la législation sur les clauses abusives dont seul cet article permettait l'annulation »<sup>12</sup>.

Cette décision peu explicite et, pour tout dire, obscure, suscitait d'autant plus de perplexité que, contrairement à ce qu'elle énonçait, l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne prévoyait pas l'annulation des clauses abusives, mais les réputait non écrites, ce qui est différent<sup>13</sup>.

7 - La cour d'appel de Paris n'en a pas moins infléchi sa jurisprudence :

- « la société Mondial Events considère tout d'abord qu'elle créerait entre les parties un déséquilibre significatif dont l'appréciation ne relèverait pas du pouvoir du juge des référés ; qu'elle s'appuie donc sur le 'déséquilibre significatif' visé par l'article L. 442-6 I.2° du code de commerce pour invoquer la nullité de la clause, alors que telle n'est pas la finalité et la sanction de ces dispositions à vocation indemnitaire, à l'inverse de celles du paragraphe II du même article lequel prévoit la nullité de certaines clauses par nature »<sup>14</sup> ;

- « Si la société Xerox fait état d'un arrêt de la Cour de cassation écartant la faculté pour une partie victime de demander la nullité d'une clause sur le fondement de l'article L. 442-6 du code du commerce, il y a lieu à tout le moins de déclarer cette clause inopposable à la société Eic »<sup>15</sup>.

Tout en reconnaissant la possibilité d'une annulation de la clause litigieuse :

« La société SNEP réplique que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce (...) n'est pas applicable à une demande de nullité de la clause contractuelle, la seule sanction étant l'allocation de dommages et intérêts. (...) Contrairement à ce que soutient la SNEP ces dispositions peuvent entraîner la nullité de clauses contractuelles s'il est constaté que les conditions précitées sont réunies »<sup>16</sup>.

8 - C'est ainsi qu'au mois de septembre 2020, la chambre commerciale de la Cour de cassation a remis les choses en ordre, en jugeant dans deux affaires et dans les mêmes termes, que :

« La partie victime d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6, I, 2 du code de commerce, est fondée à faire prononcer la nullité de la clause du contrat qui crée ce déséquilibre,

s'agissant d'une clause illicite qui méconnaît les dispositions d'ordre public de ce texte »<sup>17</sup>.

En d'autres termes, l'action existe dans la mesure où la clause créant le déséquilibre, contrevient à une règle d'ordre public.

## 2. La reconnaissance du droit à agir était inéluctable

9 - En premier lieu, on peut évidemment considérer que l'absence de contrepartie caractérise l'absence de cause de l'obligation et emporte sa nullité, sur le fondement de l'article 1131 ancien du Code civil :

« Mais attendu qu'ayant relevé que l'engagement consistait à s'approvisionner exclusivement auprès de la Brasserie de Saint-Omer et avait pour contrepartie l'engagement de caution simple de cette dernière à concurrence de 20 % du prêt consenti aux distributeurs, (...) la cour d'appel (...) a souverainement estimé (...) que l'engagement pris par le brasseur était dérisoire, et en a justement déduit que le contrat litigieux était nul pour absence de cause »<sup>18</sup>.

C'est la solution qu'avait retenue la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 mars 2011 précité<sup>19</sup>.

Elle est d'ailleurs confortée par la rédaction du nouvel article 1169 du Code civil :

« 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 ».

Cette action ne conduit cependant qu'au prononcé d'une nullité relative et ce n'est pas l'approche qui a été retenue par la chambre commerciale.

10 - En second lieu, l'article 6 du Code civil dispose que :

« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public (...) ».

Ce principe est précisé par les articles 1131 et 1133 anciens du Code civil, qui disposent respectivement que :

- « L'obligation (...) sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ;

- « La cause est illicite, (...) quand elle est contraire (...) à l'ordre public ».

L'article 1162 du Code civil, issu de l'ordonnance de 2016<sup>20</sup>, confirme la règle :

12 Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-18.484 : Contrats, conc. consom. 2017, comm. 177.

13 Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169, F-P+B : JurisData n° 2019-003724 ; JCP E 2019, 1425, note J. Lasserre Capdeville.

14 CA Paris, pôle 1, ch. 3, 29 nov. 2017, n° 17/08675.

15 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 12 sept. 2018, n° 17/02221.

16 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 17 avr. 2019, n° 17/10292.

17 Cass. com., 30 sept. 2020, n° 18-11.644, F-D. - Cass. com., 30 sept. 2020, n° 18-25204, F-D : JurisData n° 2020-015586. - V. déjà sur ces arrêts, Contrats, conc. consom. 2020, comm. 172.

18 Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 : JurisData n° 2005-026901 ; JCP G 2006, II, 10011, A.-M. Luciani.

19 CA Paris, pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, n° 10/02616 : JurisData n° 2011-009479 ; JCP E 2011, 1876, Ph. Stoffel-Munck.

20 Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : article 2 : JO 11 févr. 2016, texte n° 26 ; JCP E 2016, act. 151 ; JCP E 2016, 1283.

## Le prononcé d'une amende civile ne tend pas à sanctionner le comportement d'une partie à l'égard d'une autre, mais la pratique en elle-même

« Le contrat ne peut pas déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par les parties ».

Il n'est plus discuté que les dispositions de l'article L. 442-6 sont d'ordre public, le Conseil constitutionnel considérant qu'au travers de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, le législateur a poursuivi les « (...) objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux (...) »<sup>21</sup>, c'est-à-dire en matière d'ordre public économique.

La Cour de cassation a elle-même retenu que les articles L. 441-3, L. 441-6 et L. 442-6 du Code de commerce devaient être regardés comme le fondement d'une « (...) nullité d'ordre public économique des contrats de coopération commerciale »<sup>22</sup>.

Il était difficilement concevable de ne pas reconnaître la possibilité aux parties d'agir en nullité sur le terrain de l'article L. 442-6 du Code de commerce, alors même qu'elles disposaient de cette action en vertu du droit des contrats.

11 - L'existence de l'action de la victime a été confirmée par ailleurs.

Dès 2011, répondant au grief selon lequel les dispositions de l'article L. 442-6, « (...) en ne prévoyant pas que le partenaire lésé soit mis à même (...) de conduire personnellement la défense de ses intérêts (...) porterait (...) atteinte au droit au recours (...) », le Conseil constitutionnel a considéré que « (...) les dispositions contestées n'interdisent [pas] au partenaire lésé par la pratique restrictive de concurrence d'engager lui-même une action en justice pour faire annuler les clauses ou contrats illicites, obtenir la répétition de l'indu et le paiement de dommages et intérêts ou encore de se joindre à celle de l'autorité publique par voie d'intervention volontaire (...) »<sup>23</sup>.

Dans un avis publié en 2014, après avoir rappelé que « (...) cette disposition spéciale [l'article L. 442-6] n'interdit pas à la victime d'une pratique visée par ce texte de demander la nullité de la clause ou du contrat contraire à l'ordre public concurrentiel sur le fondement du droit commun », la Commission d'examen des pratiques commerciales a confirmé que « (...) la victime d'une pratique contraire à l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce a la possibilité, à la fois, d'agir en nullité de la clause ou du contrat illicite et d'engager la responsabilité civile de l'auteur de la pratique »<sup>24</sup>.

L'imperfection de la rédaction de l'article L. 442-6, qui a suscité tant de discussions et a finalement pesé sur l'efficacité du dispositif, a été réparée par le législateur lui-même.

Le rapport présenté par le Gouvernement au soutien de l'ordonnance du 24 avril 2019, précise que :

« Le III de l'article L. 442-6 du code de commerce actuel présentait une ambiguïté : sa rédaction laissait entendre que seuls le ministre et le ministère public étaient recevables à demander la nullité des clauses litigieuses. La rédaction du nouvel article prévoit que toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques ainsi que la réparation du préjudice. Ce nouvel article prévoit également que seules les victimes de pratiques restrictives de concurrence peuvent faire les mêmes demandes que le ministre et le ministère public (nullité des clauses et répétition de l'indu) à l'exception de l'amende »<sup>25</sup>.

Si cette intervention règle la question pour l'avenir, elle fournit évidemment une indication d'importance sur l'interprétation qu'il fallait faire de l'article L. 442-6 relativement à l'action de la victime.

Ce problème est aujourd'hui réglé. Mais il est réglé dans des conditions qui soulèvent une nouvelle difficulté.

### 3. La nullité est absolue

12 - Le régime de la nullité s'évince de la nature de l'intérêt à protéger :

« (...) c'est non pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de sa formation, mais au regard de la nature de l'intérêt, privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de nullité applicable »<sup>26</sup>.

Cette analyse se retrouve dans la rédaction de l'article 1179 du Code civil :

« La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général ».

Dans ses deux arrêts de septembre 2020, la Cour de cassation a confirmé la nullité, en considérant que la clause méconnaissait les dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce<sup>27</sup>.

21 Cons. const., déc. n° 2010-85 QPC, 13 janv. 2011 : JurisData n° 2011-014563.

22 Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-17.458 : JurisData n° 2012-020227.

23 Cons. const., déc. n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011 : JurisData n° 2011-015905. - V. également, Cons. const., déc. n° 2010-85 QPC, 13 janv. 2011 : JurisData n° 2011-014563.

24 CEPC, avis n° 14-02, 23 janv. 2014.

25 Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce : JO 25 avr. 2019, texte n° 15.

26 Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218 : JurisData n° 2016-005478 ; JCP E 2016, 1251, N. Dissaux.

27 Cass. com., 30 sept. 2020, n° 18-11.644, F-D. - Cass. com., 30 sept. 2020, n° 18-25.204, F-D : JurisData n° 2020-015586.

13 - La question se pose de savoir si l'ordre public évoqué par la Cour est un ordre public de protection ou de direction.

On aurait tort de se tenir à un examen superficiel pour considérer que, s'agissant de sanctionner le déséquilibre d'un contrat conclu entre personnes d'inégale puissance économique, le dispositif s'inscrirait dans un ordre public de protection.

En réalité, le texte adopté en 2008 est une loi d'ordre public de direction.

L'objectif poursuivi par le législateur consistait à libérer les parties des contraintes qui pesaient sur la négociation commerciale, essentiellement par la suppression des interdictions visant la discrimination, tout en encadrant l'exercice de cette liberté par la définition de limites, au nombre desquelles figurait la sanction du déséquilibre significatif :

- « L'objectif du Gouvernement est d'introduire davantage de concurrence dans les relations commerciales, dans l'intérêt du consommateur. Le cœur de la réforme réside dans la possibilité pour les fournisseurs de différencier les conditions tarifaires qu'ils accordent aux distributeurs »<sup>28</sup> ;

- « Les entreprises ne portent pas plainte contre les pratiques déloyales de leurs concurrents car, en France, la culture de la délation reste vive. Si un concurrent gagne des parts de marché, des gains de productivité, par des pratiques déloyales, mais sans être sanctionné, les autres ont le devoir économique d'utiliser les mêmes pratiques. C'est donc à l'administration, sous l'impulsion de consignes claires du Gouvernement, de faire appliquer la loi. Un respect défaillant des règles du jeu, une mauvaise application de la loi entraîne des conséquences graves : le développement de notre société de progrès s'est fait aux dépens des entreprises, des emplois, de la qualité des produits et des intérêts des consommateurs... » ;

- « Le projet de loi facilite la différenciation tarifaire. Il laisse aux parties toute latitude pour conclure des conditions particulières de vente. Les services distincts pourront désormais être rémunérés sous forme de réduction de prix sur la facture du fournisseur. Le formalisme de la relation commerciale est allégé. Il met fin à l'interdiction de discrimination. Elle constituait le principal obstacle à la négociabilité des conditions de vente. Il clarifie le système de sanctions pour empêcher les abus de puissance d'achat et de vente : sera désormais sanctionné le fait de soumettre un partenaire à des obligations qui auraient pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cette obligation constitue un avantage ou un désavantage dans la concurrence »<sup>29</sup> ;

- « Article 21 - (articles L. 441-2-1, L. 441-6 et L. 441-7 du code de commerce) Conditions générales de vente

Commentaire : cet article traite de l'évolution de la législation sur la négociabilité des conditions de vente. Il porte un dispositif qui doit permettre de réduire très fortement les marges arrière en

intégrant dans le prix des produits les différentes contreparties au contrat, dès lors que celles-ci ont été clairement identifiées. (...)

Article 22 (article L. 442-6 du code de commerce) - Sanction des abus dans la relation commerciale

Commentaire : cet article est le corollaire nécessaire de l'article 21. À l'augmentation de la liberté des parties de négocier, doit être associé un renforcement du contrôle et des sanctions des comportements abusifs »<sup>30</sup>.

En d'autres termes, la sanction du déséquilibre significatif n'a pas été conçue par le législateur comme un dispositif autonome, dessiné dans l'esprit de protéger une catégorie d'acteurs économiques, mais a été envisagée comme l'accessoire nécessaire d'un dispositif destiné à stimuler la concurrence par la restauration d'une plus grande liberté de négociation des parties au contrat. Ce mobile confère à la norme un caractère d'ordre public économique de direction, dont la violation est sanctionnée par une nullité absolue.

#### 4. La nullité peut être invoquée par toute personne intéressée

14 - La jurisprudence retient de longue date que la nullité absolue peut être invoquée par toute personne intéressée :

« (...) la cour (...) a décidé que la nullité ne pouvait être demandée par la société CREDIT UNIVERSEL, au motif qu'elle était étrangère au contrat (...).

Attendu qu'en se déterminant ainsi alors que les dispositions dont s'agit sont d'ordre public et que leur application peut être demandée par toute personne y ayant intérêt, la cour d'appel a (...) violé le texte susvisé »<sup>31</sup>.

Cette décision a d'ailleurs été rendue au visa, non seulement de la règle d'ordre public qui était invoquée, mais également de l'article 6 du Code civil.

La cour d'appel de Paris a eu l'occasion de juger en ce sens que « (...) les contrats contraires aux dispositions des articles L. 442-6 du code de commerce sont entachés d'une nullité absolue, invocable par tout personne intéressée »<sup>32</sup>.

La solution a été pérennisée par l'article 1180 du Code civil, selon lequel :

« La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public ».

30 Rapp. Sénat n° 413, 24 juin 2008, sur le projet de loi de modernisation de l'économie, p. 311, 315.

31 Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 1983, n° 81-14.640 : Bull. civ. IV, n° 93.

32 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n° 13/11059 : JurisData n° 2014-026028.

28 AN, projet de loi n° 842, 28 avr. 2008, de modernisation de l'économie, p. 11.

29 Rapp. AN n° 908, 22 mai 2008, sur le projet de loi de modernisation de l'économie, p. 100, 292.

## La sanction du déséquilibre significatif (...) a été envisagée comme l'accessoire nécessaire d'un dispositif destiné à stimuler la concurrence par la restauration d'une plus grande liberté de négociation des parties au contrat

15 - Dans ce contexte, cependant, l'auteur de la réforme de 2019<sup>33</sup> s'est employé à modifier l'article L. 442-6, III du Code de commerce, pour le remplacer par un article L. 442-4, dans des conditions qui, finalement, posent au moins autant de problèmes qu'elles en règlent.

L'article L. 442-4, I nouveau dispose notamment que :

« (...) Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire

constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus. (...) ».

En conséquence, tout en confirmant l'action en nullité de la victime, le législateur paraît la dénier aux autres personnes intéressées, c'est-à-dire aux personnes qui peuvent être elles-mêmes victimes de la clause illicite, mais ne sont pas parties au contrat. C'est une restriction doublement surprenante, en ce qu'elle réduit l'accessibilité au recours, par comparaison avec le régime de l'article L. 442-6, III, et en ce qu'elle paraît incompatible avec le caractère absolu de la nullité.

La formule adoptée par le Gouvernement en 2019, qui laisse davantage l'impression d'un compromis entre marchands que d'un travail purement législatif, est d'autant moins cohérente, que la demande de dommages et intérêts fondée sur la dénonciation de l'illégalité du dispositif, ou la demande tendant à faire cesser la pratique contestée sur le même constat, restent accessibles à « toute personne justifiant d'un intérêt » (*C. com.*, art. L. 442-4, I *nouv.*).

### 5. En outre et surtout, la nullité absolue produit ses effets erga omnes

16 - Que l'on envisage la question en fonction de la rédaction de l'article L. 442-6, III ancien ou de l'article L. 442-4 nouveau, la nullité prononcée sur le constat d'un déséquilibre significatif produit ses effets bien au-delà des parties, à l'égard de tous.

C'est la conséquence du caractère d'ordre public économique de ce dispositif, qui s'exprime encore par le fait que la nullité peut être demandée par le ministre de l'Économie, qui est un tiers au contrat et qui trouve dans la protection de l'intérêt général le motif essentiel de son action.

Ce faisant, le ministre, qui ne se substitue pas au titulaire de l'action en nullité, agit en nullité de la clause illégale dans l'intérêt de toutes les parties intéressées<sup>34</sup>,

et notamment des victimes potentielles de la clause contestées, l'article L. 442-4, I prévoyant qu'elles soient « (...) informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice ».

Dans cet esprit, le prononcé d'une amende civile ne tend pas à sanctionner le comportement d'une partie à l'égard d'une autre, mais la pratique en elle-même, en vue d'en décourager la reproduction.

C'est encore pour cette raison que l'article L. 442-6, III, § 3, prévoit de donner une publicité à la décision d'annulation d'une clause ou d'un contrat, sans distinguer selon que l'action a été engagée par le ministre ou par une victime :

« La juridiction ordonne systématiquement la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise »<sup>35</sup>.

Cette analyse est confortée par la comparaison avec le droit de la consommation, qui dispose que les clauses instaurant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties sont, non pas frappées de nullité, mais réputées non écrites (*C. consom.*, art. L. 212-1 et L. 241-1).

En prévoyant, à l'inverse, que la clause instaurant un déséquilibre significatif encourt l'annulation, le Code de commerce a étendu les effets de la nullité au-delà des seules parties à l'accord. La solution procède évidemment du bon sens et l'on ne comprendrait pas qu'une partie persiste à exiger de ses partenaires l'exécution d'une clause que l'un d'entre eux aura fait juger illégale et nulle, de nullité absolue. ■

33 *Ord. n° 2019-359, 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, art. 2 : JO 25 avr. 2019, texte n° 16 ; JCP E 2019, 1363, note M. Behar-Touchais ; JCP E 2019, act. 304, obs. M. Chagny.*

34 *Cass. com.*, 16 déc. 2008, n° 08-13.162 : *JurisData* n° 2008-046332.

35 Ces dispositions ont été maintenues dans l'article L. 442-4, II du Code de commerce après la réforme par l'ordonnance n° 2019-359.

### L'essentiel à retenir

Confrontée au silence de la loi, la jurisprudence était incertaine à admettre l'action en nullité de la victime du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

Dans deux arrêts en date du 30 septembre 2020, la chambre commerciale de la Cour de cassation a explicitement confirmé l'existence de l'action de la victime.

Cette solution est logique, si l'on considère :

- l'existence de cette action dans le droit civil des contrats (article 6, 1131 et 1133 anciens, 1162 du Code civil) ;
- la position clairement exprimée le 13 janvier 2011 par le Conseil constitutionnel et le 23 janvier 2014 par la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales ; ainsi que
- la réforme opérée par l'ordonnance du 24 avril 2019 et en particulier les précisions apportées par le rapport du Gouvernement quant à l'ambiguïté malheureuse du texte original.

Les travaux préparatoires à l'adoption de la loi de modernisation de l'économie confirment que l'article L. 442-6, I, 2° est une loi d'ordre public de direction, de sorte que la nullité recherchée est une nullité absolue.

La nullité absolue peut être invoquée par toute personne intéressée, ce principe figurant désormais à l'article 1180 du Code civil. À cet égard, la rédaction de l'article L. 442-4 du Code de commerce, issue de l'ordonnance de 2019, a introduit une forme d'incohérence, en réservant l'action en nullité à la victime et au ministre, tout en privilégiant l'annulation au réputé non écrit et en conférant à l'annulation une portée *erga omnes*.

## PANORAMA

1076

### ARBITRAGE - Sentence arbitrale - Reconnaissance - Exécution

Après avoir exactement énoncé que les dispositions des articles 1514 et suivants du CPC sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales sont applicables à la fois aux sentences arbitrales internationales et aux sentences rendues à l'étranger, quel que soit, pour ces dernières, leur caractère interne ou international, l'arrêt retient exactement que la circonstance que le droit égyptien soumette à une autorisation ministérielle la conclusion par un établissement public d'un contrat prévoyant le recours à l'arbitrage est indifférente à l'appréciation de l'efficacité de la clause compromissoire par le juge français, peu important que la sentence rendue en Egypte ait un caractère interne ou international, de sorte que l'argumentation développée par la société recourante sur la nullité de la clause d'arbitrage en ce qu'elle se fonde sur le caractère interne de l'arbitrage est dépourvue de pertinence. L'arrêt constatant que chaque pièce produite a pu être débattue et que les parties

ont pu interroger leurs experts et débattre des rapports de ceux-ci, qu'il a été fait droit à la seule demande de la société recourante formulée à l'audience de disposer d'un délai supplémentaire pour examiner les nouvelles pièces remises et qu'elle a été autorisée à déposer un rapport complémentaire sur ce point, les parties ont été en mesure de discuter contradictoirement l'ensemble des moyens, arguments et pièces produites et le moyen de nullité doit être rejeté.

*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 janv. 2021, n° 19-22.932, P+B+I : JurisData n° 2021-000457*

### Rejet

1077

### CONCURRENCE - Concurrence déloyale - Prescription quinquennale - Prescription de l'action (oui) - Interruption de la prescription (non) - Cause interruptive de prescription - Référé

Se plaignant de faits de concurrence déloyale, la société A. a saisi le président d'un tribunal de commerce, par requête du 22 octobre 2010, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, pour voir désigner un huissier de justice

à fin d'effectuer des investigations dans les locaux des sociétés B et C. La requête a été accueillie par ordonnance du même jour. Le 8 février 2011, la société A. a assigné en référé, sur le fondement du même texte, les sociétés B et C devant le même président de tribunal de commerce pour voir ordonner la mainlevée du séquestre des documents recueillis et conservés par l'huissier de justice conformément à l'ordonnance du 22 octobre 2010. La mainlevée a été ordonnée par un arrêt de la cour d'appel du 16 novembre 2011. Le 25 juin 2014, la société A. a assigné les sociétés B et C devant le tribunal de commerce aux fins de les voir condamner solidairement à l'indemniser. Les deux sociétés ont opposé la prescription de l'action depuis le 18 juin 2013, en tant que fondée sur la rupture des relations commerciales, et depuis le 7 septembre 2013, en tant que fondée sur les faits de concurrence déloyale.

C'est en vain que la société A. fait grief à l'arrêt d'infirmer le jugement entrepris, de déclarer prescrite son action et de la débouter de toutes ses demandes. En effet, aux termes de l'article 2241 du Code civil,