

XXXX - Contenu des contrats de distribution et pouvoirs du juge

Par Daniel MAINGUY

Professeur à l'université de Montpellier

La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations substitue aux notions d'objet et de cause, celle de « contenu » du contrat, exprimée dans l'article 1128 et surtout aux articles 1162 et suivants du code civil, avec une certaine maladresse puisque le terme « objet » est toujours présent (C. civ., art. 1163) et que le terme « but » masque, assez mal, celui de « cause ». Il reste que cette notion de « contenu » est peu usuelle pour le juriste, voire malhabile. Je comprends ce que signifie le « contenu » d'un amphithéâtre, d'un verre, ou d'une notion abstraite, mais d'un contrat ? Le contenu d'un contrat était, jusqu'à présent, identifié comme ses effets, ce qui est produit par un contrat, résumé à ses obligations, et ce de manière explicite ou implicite. Pour les contrats de distribution, il s'agit là d'un ensemble considérable. Viennent immédiatement à l'esprit les questions relatives aux mécanismes d'exclusivité, les diverses clauses du contrat, dont celles de non-concurrence et leurs dérivées, celles relatives à la dépendance d'un contractant, les obligations d'informations, etc., qui forment, traditionnellement le cœur des difficultés d'application de ces contrats et d'interprétation des règles qui leur sont appliquées. Or, le « contenu » du contrat de l'article 1128 ou des articles 1162 et suivants du code civil ne fait manifestement pas référence, en tout pas immédiatement, à ce type de « contenu ». D'ailleurs, cet ensemble de règles s'inscrit dans une sous-section 3, intitulée « Contenu », dans une section 2 intitulée « Validité » qui elle-même s'insère entre une Section 1 « Formation » et une Section 3 « La forme du contrat », suivie d'une section intitulée « Sanction ». L'article 1128 du code civil correspond d'ailleurs à l'ancien article 1108 introduisant les conditions de validité d'un contrat, désormais comprises comme une capacité, un consentement, un « contenu licite et certain », cet ensemble remplaçant les formules « objet certain » et « cause licite » dans l'ex-article 1108 : le « contenu » nouveau est donc bien ce qu'on désignait naguère – déjà jadis – comme les questions relatives à l'objet et à la cause, deux questions essentielles relatives à la validité d'un contrat. La cause est morte, vive le contenu ? Il n'est pas certain que la notion de « contenu » soit immédiatement « opérationnelle » et pas simplement circonstancielle¹ : il fallait sans doute un terme, quelque chose, une dénomination, pour remplacer la notion d' « intérêt au contrat » qui se substituait déjà à la cause dans le projet de la Chancellerie de 2009.

La question des « pouvoirs du juge », ensuite, est une question très sensible en droit des contrats, et notamment des contrats d'affaires, de distribution. Là encore, quelle audace, à Lille, terre de conquêtes sociales, pour promouvoir les pouvoirs du juge dans les contrats de distribution. Jadis, là encore, les pouvoirs du juge étaient contenus dans de strictes limites. Le juge était le « serviteur » du contrat, formule à peine moins dédaigneuse que celle, plus générale, faisant du juge la « bouche de la loi », un automate enfin dompté, ce juge, fils des « magistrats » de l'Ancien régime qui osaient,

¹ Voir N. Ferrier, La détermination par le juge du contenu du contrat, *in* Ch. Albiges (dir.), La réforme du droit des contrats, Dalloz, 2015 ; *adde* E. Savaux, Le contenu du contrat, JCP G 2015, suppl. au n° 21, A. Etienney de Sainte-Marie, L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat, RDC 2015, p. 167.

parfois, formuler des remontrances au roi, jusqu'au « bon juge Magnaud » guère mieux traité, mais pour d'autres raisons. Entre les deux, la place du juge était au centre, sage, silencieux et soumis, jusqu'au début du XX^e siècle et, plus encore, aux années 1970 où, piqué de fièvre (ré)interprétative du droit des contrats, et notamment au sujet des contrats de distribution, le juge s'est mis à écouter des avocats aventureux : stations-services, cuves, concession commerciale, franchise, exclusivité, non-concurrence, prix et détermination du prix, application des règles du droit de la concurrence, etc., le juge, la Cour de cassation notamment, s'est mise à proposer un renouvellement total de l'interprétation des règles applicables aux contrats. Ce n'est pas le lieu de proposer une explication ou une description de ce mouvement, mais simplement d'observer que les contrats soumis au juge avaient changé, et avec eux, les manières d'interpréter les règles qui leur étaient appliquées. Le Code civil de 1804 proposait une analyse fondée sur le triptyque « vente-bail-louage d'ouvrage », très largement dominé par la vente, contrat très particulier, translatif de propriété et à exécution sinon instantanée du moins rapide, tandis qu'apparaissent avec les contrats de durée que sont les contrats de distribution, des notions nouvelles, voire fuyantes, comme celle d'intérêt à contracter, notion fugace et appelée par nature à varier avec le temps, de concurrence, de dépendance, de circulation, d'abus, de rupture, etc., inconnus du Code civil. La jurisprudence née de cette nouvelle interprétation des règles du droit civil des contrats s'est principalement fondée sur leur application aux contrats de distribution, alors même qu'aucune réglementation, ou presque, ne venait entraver le pouvoir d'interprétation du juge. La question des pouvoirs du juge sera posée ici² cependant, non point comme base d'une réflexion de théorie du droit appliquée au droit de la distribution, mais au sens technique de cette impertinence judiciaire qui permettrait au juge, se libérant de sa condition de « serviteur », de créer des obligations non prévues dans un contrat, d'interpréter le contrat en fonction de ressorts différents des fondements moraux traditionnels du droit des contrats en empruntant les rives de l'analyse économique et de l'efficacité comme fondements qui l'accompagnent, et enfin de neutraliser des obligations ou des effets, au nom d'un ordre public, soit faible (dit de protection) soit fort (dit de direction). Par ailleurs, de quel juge traite-on ? La tradition processuelle française masque la figure « du » juge derrière la juridiction, à l'inverse de la tradition anglo-américaine notamment. Il reste que la fonction du droit *civil* des contrats ne doit pas tromper l'observateur : le juge naturel du droit des contrats (éventuellement d'affaires) est d'abord le tribunal de commerce, puis une Cour d'appel, et enfin la Cour de cassation. Il est évident alors que les « pouvoirs du juge », en tant qu'ils intéressent des appréciations, souveraines, de situations factuelles, sont ceux des juges du fond, principalement, les pouvoirs du juge de cassation, en revanche, demeurant ceux qui sont les leurs en termes d'interprétation des règles du droit des contrats dont on peut parier qu'elles seront aussi novatrices, surprenantes parfois, qu'autrefois et feront le bonheur d'une nouvelle génération d'arrêtistes.

Le tableau ne serait pas complet si on n'ajoutait pas, aux règles du Code civil, les règles du Code de commerce consacrées aux contrats de distribution, outre les règles du droit de la concurrence des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, soit directement et relatives aux clauses d'exclusivité (C. com., art. L. 330-1 et L. 330-2),

² Voir aussi L. Aynès, Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? *in* La réforme du droit des contrats, quelles innovations ?, RDC 2016, p. 14.

aux devoirs précontractuels d'information (C. com., art. L. 330-3), aux tout récemment consacrés « réseaux de distribution commerciale » (C. com., art. L. 340-1 et L. 340-2, ou indirectement, au stade de la négociation (C. com., art. L. 441-6 et s.) ou des « abus » de toutes sortes (C. com., art. L. 442-6, not. I, 2° et 5°), y compris à travers une série de clauses ou contrats prohibés (C. com., art. L. 442-6, II) et la fameuse « action du ministre » (C. com., art. L. 442-6, III)³.

Deux remarques peuvent encore être ajoutées. La première concerne l'application future de l'article 1105 qui remplace et reprend, de manière plus large l'ex-article 1107. Or, un regard un peu acéré pourrait faire observer que la question du déséquilibre significatif, envisagée dans l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, celle de la rupture brutale des relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-6, I, 5°) ou encore aux clauses d'adaptation dans certains contrats en raison de changement de circonstances économiques (C. com., art. L. 441-8), jusqu'alors contenues à des situations particulières ou rencontrant de nombreux obstacles, processuels notamment, disposent désormais d'un fondement légal dans les règles du droit civil, commun, des contrats, comme une petite revanche de la Chancellerie sur le ministère de l'Économie. Une deuxième concerne une véritable révolution dans le Code civil⁴, à travers l'introduction des contrats d'adhésion, à l'article 1110 du code civil, opposés aux contrats de gré à gré, alors même que la plupart des contrats de distribution peuvent être considérés comme des contrats d'adhésion, du moins en fonction d'une interprétation prévisible, quand bien même le texte de l'article 1110 ne serait pas très clair (voir *infra*).

On peut alors constater, à défaut de s'en réjouir ou de s'en offusquer, que l'ordonnance de 2016 consacre cette évolution, au-delà même des termes promis par le projet d'ordonnance dévoilé en 2015, et d'ailleurs bien au-delà des questions touchant au seul contrôle du contenu du contrat, vers celles relatives à la révision pour imprévision (C. civ., art. 1195) ou encore de l'exécution forcée des obligations (C. civ., art. 1213, mais *quid* de l'exécution forcée des contrats?). Nous nous contenterons ici, des pouvoirs du juge dans le contrôle du contenu les contrats de distribution, sans doute, mais de quel juge ? Par conséquent et contrairement aux apparences, les pouvoirs du juge sont moins *innovants* que *consacrés*, à la fois dans l'observation des pouvoirs de *création* (I) que de *neutralisation* (II) du juge.

I. – Le pouvoir de création du juge

Ce pouvoir de création, traditionnellement reconnu au juge, ou plus exactement « auto-reconnu » *par* le juge dans le cadre de son pouvoir général d'interprétation des normes juridiques, fait l'objet de dispositions spécifiques, à la fois spéciales s'agissant notamment de la détermination de la prestation ou du prix, et générales.

A. – Les pouvoirs spéciaux de création du juge

➤ La détermination de la prestation du contrat cadre

³ Voir D. Mainguy et M. Depincé, Droit de la concurrence, LexisNexis, 2^e éd., 2015, n°195 s.

⁴ Voir Th. Revet, Une philosophie générale ? *in* La réforme du droit des contrats, quelles innovations ?, *op. cit.*

L'article 1163 concentre en un texte ramassé ce que le Code de 1804 formulait aux articles 1126 à 1130 : le contrat peut avoir pour objet une « prestation » et non plus simplement une « chose » présente ou future, cette prestation doit être possible, déterminée ou déterminable, rendant grâce à l'idée de l'ex-article 1127 selon laquelle l'objet doit être « certain ». Le dernier alinéa de l'article 1163 propose toutefois une formule ambiguë : « *la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». On saisit bien l'intérêt de cette disposition dans des contrats usuels, lorsqu'il s'agit d'assurer la technique de détermination de l'objet ou de l'ouvrage prévu au contrat, de vente ou d'entreprise notamment. Dans les contrats-cadre en revanche, la situation est parfois plus complexe. Bien des contrats cadres en effet sont assez pauvres en obligations, de telle manière que le « contrat » en tant qu'il permettrait de déduire ces obligations, permet alors une forte implication du juge, à supposer qu'il le souhaite ou qu'il l'ose.

Par exemple, le « contrat de franchise » est un contrat bien connu des spécialistes du droit de la distribution, quoi que ce contrat ne fasse l'objet d'aucune disposition légale spécifique, sinon de manière indirecte dans le code de commerce (C. com., art. L. 330-3, L. 340-1 et L. 340-2). Pourtant, tous les observateurs considèrent que le contrat de franchise comprend des « éléments » nécessaires, dont des obligations peuvent être déduites : un savoir-faire, des signes distinctifs et une assistance. Toutefois la pratique décisionnelle (étatique ou arbitrale) montre que l'intensité de ces éléments, et donc des obligations qui en découlent, est faible, en l'absence de renforcement dans le contrat lui-même : un savoir-faire consistant en une simple collection de produits par exemple suffit, pour autant qu'il ne soit pas immédiatement accessible, des signes distinctifs n'ont pas à faire l'objet d'une notoriété particulière, et l'exigence d'assistance se satisfait d'une présence minimale. Si la jurisprudence choisissait de « durcir » les exigences en la matière, elle pourrait identifier les exigences du « contrat » de franchise, au sens de l'article 1163, avant d'en déduire les prestations objet des obligations, dans le sens de la protection des franchisés ou de la liberté des franchiseurs, au gré des politiques judiciaires choisies.

On peut également penser au contenu des contrats de concession dits aussi de distribution exclusive. Il n'est pas rare que ces contrats soient conclus sur des bases très simples, dans laquelle le territoire attribué au distributeur sans précision de la nature des obligations pesant sur le concédant sur ce territoire, de sorte que la reconnaissance d'une obligation d'exclusivité pesant sur ce dernier, qui semble consubstantielle à ce type de contrat aux observateurs⁵ ne l'est pas toujours pour les juges. Là encore une considération de la nature du contrat, permettrait au juge de déterminer ensuite les prestations inhérentes à ce contrat.

➤ **La détermination du prix des contrats cadres**

Si les articles 1165 et 1166 du code civil paraissent incongrus dans cette partie car ils concernent *a priori* les règles relatives aux contrats spéciaux, les contrats d'entreprise

⁵ D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, Litec, 7^e éd., 2015, n° 635.

notamment, et quand bien même ils apportent des informations intéressantes, s'agissant par exemple de la question de la « qualité conforme aux attentes légitimes » des parties⁶, c'est surtout l'article 1164 qui importe ici, en tant qu'il propose les techniques de détermination du prix dans les contrats cadres. Pourtant, l'article 1164 se borne, *a priori*, à reprendre le contenu de la jurisprudence de 1995 qui a eu pour effet d'éteindre le contentieux considérable qui s'était développé depuis les années 1960 sur le fondement de l'indétermination du prix de ces contrats, notamment dans le secteur des contrats de distribution, ce qui illustre, d'ailleurs, le fait que le contentieux des contrats déséquilibrés ne trouvait pas, malgré la notion de cause, de fondement clair et assuré. Il n'y en a d'ailleurs toujours pas. Techniquement, l'article 1164 limite toutefois, apparemment, la portée de la jurisprudence de 1995 aux seuls contrats-cadres, où celle-ci se proposait pour tous les contrats.

Surtout, il impose une exigence nouvelle et originale de procéduralisation de la détermination du prix. Ainsi, la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadres, n'est plus un simple constat du fonctionnement de ces contrats : la fixation unilatérale « *peut être convenue* ». Si elle ne l'est point, par exemple parce que les parties n'ont pas inséré une clause de « prix catalogue », que se passera-t-il cependant ? Le contrat sera-t-il annulable pour absence de prix ? Ce serait très surprenant. Disons que cette convention peut être expresse ou implicite.

En outre la fixation unilatérale (et non la seule hausse d'un prix) du prix doit être motivée, en cas de contestation, et ne doutons pas qu'il y aura des contestations. L'article 1164 offre alors un complément utile et inattendu au dispositif de l'article 1195 sur le contrôle de l'imprévision. En effet, la hausse de prix imposée unilatéralement par l'une des parties, le fournisseur, doit simplement être motivée. Outre l'hommage aux (vaines) tentatives doctrinales du solidarisme contractuel qui trouvent là une étonnante consécration, même si la sanction de l'absence de motivation n'est pas le pouvoir de révision offert au juge comme cela apparaissait de manière opportune dans le projet de 2015, mais dans l'allocation de dommages et intérêts ou la résolution du contrat. À moins que le distributeur n'use de sa faculté de demander la révision du prix.

B. – Les pouvoirs généraux de création du juge

Inutile de s'étendre sur ce point particulièrement étudié, sinon pour envisager deux questions, à savoir la question de savoir si, d'une part, la réforme entretient ou retient la question de l'exigence de la bonne foi dans les contrats et d'autre part si « l'abandon de la cause » par la réforme est une réalité. Il est inutile, en effet, de rappeler que la question de la bonne foi dans les contrats, ou de la cause, participent d'une considération, faible ou forte, de la « morale » ou de la « justice » contractuelles, inhérentes ou à rejeter par la juge, notamment dans les contrats de distribution⁷.

⁶ Comp. J. Calais-Auloy, L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? Mélanges Y. Guyon, D. 2003, p. 171.

⁷ D. Mainguy, Le contractant, personne de bonne foi ? *in* La réforme du droit des contrats (Ch. Albiges, dir.), Dalloz, 2015, p. 83, La loyauté en droit des contrats, *in* F. Petit (dir.), La loyauté, D. 2015, p. 1.

Sur le premier point, la réforme du droit des contrats semble maintenir le *statu quo* : le dépeçage de l'ex-article 1134 du code civil tel qu'il était prévu dans le projet de loi, qui séparait l'ex-alinéa trois de l'article 1134 des deux premiers, s'opère finalement à l'envers. Les articles 1103 et 1104 reprennent à l'identique les premier et troisième alinéas de l'ex-article 1134, l'article 1104 élargissant l'exigence de bonne foi à la formation et la négociation des contrats. Les deux sont donc érigés en dispositions générales voire en « principes directeurs » des contrats. La réforme restaure ainsi l'équilibre, à arbitrer par les juges, entre les ex-alinéas de l'article 1134 du code civil. Par conséquent, on ne saurait affirmer que la réforme entend prendre parti de manière quelconque, dans le débat judiciaire existant depuis les années 1990 notamment autour de la question du solidarisme contractuel, ou quelque appellation que ce soit dans le futur. On en reste donc, formellement, à la situation judiciaire existante, c'est-à-dire celle d'un ensemble d'interprétations en faveur de la reconnaissance d'obligations inhérentes au contrat, notamment de distribution, tant que celles-ci n'atteignent que des prérogatives contractuelles et non la substance du contrat, si du moins on peut toujours s'en tenir aux limites posées depuis l'arrêt *Les Maréchaux*⁸. Tout aménagement dans un sens ou dans l'autre dépendra donc des choix posés par la politique judiciaire à venir et donc des arguments présentés dans les affaires à venir.

Sur le second point, la « fin » de la cause est formellement actée, par l'abandon du terme « cause », cause de l'obligation ou cause du contrat, surtout. Or la cause était un outil particulièrement utile pour promouvoir une solution visant à sauver ou au contraire à neutraliser une situation non prévue par des règles existantes, qu'il s'agisse d'une situation de validité d'un contrat ou d'équivalence des prestations dans un contrat. Là encore la situation normative est en réalité plus normalisée. L'« abandon » de la cause se résume finalement à sa transformation sémantique, vers la notion de « but » et sa déclinaison dans les articles 1162 et suivants du code civil. Il reste que cette modification n'est pas sans conséquence, et pas seulement de manière sémantique. En effet, les déclinaisons du « but » aux articles 1163 et suivants ne reprennent pas toutes les solutions jurisprudentielles qui avaient été rendues sous l'égide de la cause, la question de la neutralisation des clauses contraires aux obligations essentielles ou au déséquilibre significatif (voir *infra*), notamment s'agissant de la question, essentielle, de la contrariété à l'ordre public, qu'il soit établi ou virtuel, d'une clause ou d'un contrat. Par exemple, un contrat de franchise sans savoir-faire est considéré comme annulable sur le fondement de l'absence de « cause », ou de « but » du fait de l'absence d'équivalence des prestations réciproques dans ce contrat⁹. C'est encore le cas à propos des clauses de non-concurrence, et de ses dérivées, clauses de non affiliation ou de non sollicitation, dont le contrôle est traditionnellement assuré sur le fondement de l'ex-article 1131 alors qu'on ne trouve pas dans les dispositions qui suivent l'article 1162 de règle correspondant exactement à la mécanique permettant, jusqu'à présent, de sanctionner les clauses de non concurrence non proportionnées, par les moyens contractuels mis en œuvre, à l'objectif légitime protégé par ces derniers. Il pourrait suffire à la Cour de cassation de fonder le contrôle de validité de ces clauses sur

⁸ Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, Bull. civ. IV, n° 188.

⁹ Voir Cass. com., 8 juill. 1997, n° 95-17.232 ; Cass. com., 18 déc. 2007, n° 06-15.970, LPA 2009, n° 94, p. 94, non point pour une annulation du contrat, mais pour sa requalification. Voir aussi Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-19.185, pour l'absence de signes distinctifs.

l'article 1162 du code civil pour que l'on ait la conformation que la fonction juridique du « but » du contrat est bien celui anciennement assumé par la « cause ».

De ce point de vue, les pouvoirs généraux de création du juge sont plus limités qu'on aurait pu le penser ; plus exactement, les pouvoirs du juge, à supposer d'ailleurs que ceux-ci dépendent de règles substantielles comme celles du Code civil, sont inchangés.

II. – Les pouvoirs de neutralisation du juge

Les pouvoirs de neutralisation du juge s'expriment à plusieurs égards, d'ailleurs au-delà des frontières du droit de la distribution, comme c'est le cas des règles relatives au changement de circonstances économiques (C. civ., art. 1195), des clauses pénales (C. civ., art. 1231-1) ou encore de la capacité de neutralisation des clauses contraires aux obligations essentielles du contrat (C. civ., art. 1170) ou de la contrepartie dérisoire ou illusoire d'un contrat (C. civ., art. 1169). L'essentiel, dans le nouveau dispositif, repose sur les interprétations que la Cour de cassation pourra proposer de l'article 1171 du code civil : « *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* ». Le principal apport de la réforme, par comparaison avec le texte du projet repose sur la limitation du texte aux « contrats d'adhésion », ce qui renvoie à l'interprétation de l'article 1110 du code civil qui propose la distinction entre ces derniers et les « contrats de gré à gré ». Or ce texte n'est pas très clair : « *le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». La distinction entre contrats de gré à gré, ou négociés, et contrats d'adhésion n'est pas évidente. L'article 1110 est essentiellement descriptif et la distinction entre les deux catégories n'est pas évidente, ne serait-ce que parce que, *a priori*, celle des contrats d'adhésion n'est pas limitée aux seuls contrats de consommation mais s'entend bien au contraire à bien des contrats d'affaires, dont les contrats de distribution. Toutefois, le fait que le principe de liberté contractuelle soit fondé dès l'article 1102 du code civil de sorte que les contrats de gré à gré peuvent être considérés comme de principe, et contrats d'adhésion comme d'exception. Toutefois, les deux définitions ne se répondent pas exactement de sorte que la solution inverse pourrait être envisagée où les contrats d'adhésion seraient tous ceux qui ne sont pas des contrats de gré à gré. Le contrat de gré à gré est en effet celui dont les stipulations sont librement négociées tandis que le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales ne le sont point. Tout contrat qui n'est pas de gré à gré serait alors un contrat d'adhésion, dont la plupart des contrats de distribution.

Il est évident alors qu'une considération large de la catégorie des contrats d'adhésion aboutit à une possibilité forte de contrôle des clauses susceptibles de créer un déséquilibre significatif dans ce type de contrats. S'agissant des contrats de distribution, pratiquement toutes les clauses de ces contrats sont susceptibles de faire l'objet de telles demandes de contrôle, les clauses relatives aux litiges, déjà envisagées dans un avis de

la CEPC¹⁰, les clauses d'exclusivité, pour autant qu'elles n'entrent pas déjà dans le champ de l'article L. 330-1 du code de commerce, bien d'autres qui pourraient sembler anodines ailleurs, et bien entendu les clauses entravant les relations postcontractuelles. On songe ici aux clauses de non-concurrence qui sont déjà l'objet d'une stigmatisation dans les contrats de « distribution en réseau » disons dans les contrats de la distribution alimentaire et de franchise plus généralement par l'article L. 341-2 du code de commerce, issu de la loi *Macron* du 6 août 2015¹¹, qui conditionne la validité de ces clauses, par principe à des conditions drastiques, voisines de celles promises, en droit européen de la concurrence par l'article 5 du règlement d'exemption par catégorie n° 330-2010, et plus encore aux clauses dites de « préemption », la formule regroupant toute une série de mécanismes contractuels assurant au franchiseur la possibilité de préempter ou de bénéficier d'une clause de préférence ou de promesse, portant sur le fonds de commerce ou les titres d'une société exploitant une activité franchisée. Ces clauses, en effet, sont l'objet d'une contestation aux enjeux considérables, depuis un avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010¹², mais aux effets limités¹³ ou résiduels¹⁴. On pourrait alors penser que ces clauses, à supposer qu'elles créent un déséquilibre significatif, dont les indices pourraient être identifiés dans la suspicion dans laquelle l'avis de l'Autorité de la concurrence les tient, pourraient être écartées sur le fondement du droit commun de l'article 1171 du code civil.

Il se trouve, en outre que ce type de contrôle, précisément, n'est pas inconnu des juges, à l'instar de celui réalisé sur le fondement de l'article L. 212-1 du code de la consommation (ex-art. L. 132-1) et sur celui de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dont la portée comparée avec l'article 1171 peut être mesurée.

Ainsi, l'article L. 212-1 du code de la consommation est tout à la fois moins et plus

¹⁰ CEPC, avis n° 04-06 relatif à certaines pratiques dans le secteur de la distribution alimentaire

¹¹ Comp. D. Mainguy, Premières vues sur la réforme de la loi *Macron* et les contrats de la grande distribution, JCP E 2015, 1579.

¹² Aut. conc., avis n° 10-A-26, 7 déc. 2010, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, JCP E 2010, 678, obs. N. Raud et G. Notté, JCP G 2011, 177, note N. Dissaux, JCP E 2011, 1217, note M. Malaurie-Vignal ; voir égal. A. Lecourt : RLDA, 2012/67, n° 3844 ; comp. Aut. conc., déc. n° 11-D-20, 16 déc. 2011, Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire, Contrats, conc., consom. 2012, comm. 43, obs. M. Malaurie-Vignal, D. 2012, p. 577, chron. D. Ferrier ; voir égal. Aut. conc., déc. n° 11-D-04, 23 févr. 2011, Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire, Contrats, conc., consom. 2011, comm. 114, obs. M. Malaurie-Vignal, RTD com. 2011, p. 528, note E. Claudel, Concurrences 2011, n° 2, p. 115, obs. A. Wachsmann, RLC 2011/27, n° 1788, obs. V. Sélinky.

¹³ Comp. CA Paris, pôle 5, ch. 3, 13 juin 2012, n° RG : 10/25262, qui rappelle que l'avis de 2010 « est un avis de portée particulièrement générale, qu'il n'a aucune force obligatoire et ne peut être émis que pour l'avenir, dès lors que la loi et la jurisprudence continuent de réaffirmer la parfaite validité de tels droits de préférence ».

¹⁴ Comp. Cass. com., 19 déc. 2006, n°s 05-10.197, 05-10.198, 05-10.199, 03-21.042, JCP E 2007, 1348, obs. D. Mainguy ; Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-18.024, JCP E 2012, 1641, note B. Dondero ; Cass. com., 4 nov. 2014, n° 12-25.419 ; Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-19.584. *Adde* D. Mainguy, Le contrat de franchise dans la distribution alimentaire, *in* D. Mainguy (dir.), La crise du contrat de Franchise, Lextenso, 2016, p. 85.

intéressant que l'article 1171 du code civil. En effet, le domaine d'application de l'article 1171 est plus large que celui de l'article L. 212-1 du code de la consommation qui se limite aux relations contractuelles de consommation et, dans le même temps, les règles du droit de la consommation comportent une liste de clauses « noires » ou « grises » des actuels articles R. 132-1 et R. 132-2 du code de la consommation, dont les clauses compromissaires par exemple. Or, on pourrait penser que ces listes de clauses, réputées irréfragablement ou simplement abusives, en tant qu'elles créent un pareil déséquilibre significatif, de type économique, sont susceptibles d'être utilisées, par itération, dans les contrats d'adhésion des articles 1110 et 1171 du code civil. Si par conséquent, on peut considérer que les consommateurs conserveront l'application des règles spéciales du Code de la consommation, la portée de l'article 1171 est globalement équivalente à l'extension de la sanction des clauses abusives aux contrats d'adhésion « ordinaires ».

De même la comparaison avec le mécanisme de l'article L. 446, I, 2°, du code de commerce n'est pas dénué de sens : ce texte vise les rapports entre commerçants, disons entre professionnels, de sorte que la concurrence entre les deux textes peut sembler plus opérante. Or, là encore l'article 1171 semble tout à la fois en retrait et en avance par rapport à l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, quand bien même l'usage de ce texte ait été, quoique retentissante, assez rare¹⁵.

Ainsi, l'article 1171, alinéa 2, du code civil limite le contrôle des clauses exagérées (comme la règle de l'article L. 212-1 du code de la consommation d'ailleurs) à des clauses « marginales », en ce sens qu'il ne peut s'agir de clauses « essentielles », celles qui porteraient sur l'objet ou sur l'adéquation du prix à la prestation. Or, l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce ignore ce type de limitation et, d'ailleurs son utilité est précisément de permettre le contrôle de ce type, encouragé d'ailleurs par la lettre de l'article L. 442-6, I, 1°, qui excepte expressément le rejet de principe du contrôle de l'inadéquation des prestations réciproques. En revanche, et en faveur de l'application de l'article 1171 du code civil, la sanction promise est radicale, la suppression de la clause qui crée le déséquilibre significatif alors que les règles du code de commerce ne proposent que l'engagement de la responsabilité de l'autre contractant. Toutefois, le contractant subissant une clause « abusive » au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, peut disposer de l'assistance du ministre de l'économie, qui peut même agir à la place du contractant, pour obtenir la nullité de la clause, la répétition de l'indu et des indemnités (outre une amende civile qui peut aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires de l'autre partie).

C'est donc essentiellement une question de stratégie judiciaire qui justifiera l'utilisation de l'un ou l'autre, étant entendu que l'article 1171, par sa portée large justifie une forme d'unité processuelle qui pourrait être très favorable à ce dernier. Même ainsi limité, en effet, le texte de l'article 1171 du code civil est considérable et devrait, naturellement, servir de fondement général à la plupart des demandes d'élimination des clauses « abusives », « exagérées », « disproportionnées », comme on voudra bien les envisager

¹⁵ Comp. M. Béhar-Touchais, Un déséquilibre significatif à deux vitesses, JCP G 2015, act. 603.

et notamment dans les contrats « *structurellement déséquilibrés* »¹⁶.

¹⁶ Voir Th. Revet, Les contrats structurellement déséquilibrés, D. 2015, p. 1217 ; F. Chénéde, Les contrats d'adhésion, D. 2015, p. 1226.