

# HERALD

— AVOCATS DEPUIS 1957 —



## LE **D**ÉSÉQUILIBRE **S**IGNIFICATIF DES **C**ONTRATS **N**UMÉRIQUES

*Me Anne Cousin  
Avocat associé*

*Webinaire  
Jeudi 11 février 2021*

# SOMMAIRE

Le déséquilibre significatif des contrats IT : dans quels cas ?	3
Le contrat IT : les clauses déséquilibrées, la méthode	16
Le contrat IT : les clauses déséquilibrées, le « catalogue »	30
Les sanctions du déséquilibre significatif	48

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

**C. com., art. L. 442-1, I :** « I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services: (...) »

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

- Historique : la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.
  - But : rétablir le rôle des négociations commerciales dans le secteur de la grande distribution, en limitant la puissance des centrales d'achat.
- Mais le texte ne restreint pas son application à ce secteur
  - Tous les domaines sont concernés et notamment le numérique

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

**Art. 1171 du Code civil** : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause « non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, » 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 ».*

**Art. 1110 du Code civil** : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties.

*Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».*

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

- La définition du contrat d'adhésion avant la loi de ratification

**Art. 1110 du Code civil** : « *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 ».*

- Applicable aux contrats conclus entre le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et le 30 septembre 2018

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

## ➤ L'articulation du droit spécial et du droit général

### Art. 1105 du Code civil :

*« Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.*

*« Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.*

*« Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».*

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

- Travaux préparatoires de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats :

*« L'article 1171 du Code civil ne peut s'appliquer dans les champs déjà couverts par l'article L. 442-6 du Code de commerce(...) ».*

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

- Intérêt de la définition du champ d'application de chacun de ces deux textes :
- Refus de juger qu'une clause pénale crée un déséquilibre significatif au sens du Code civil car se rapporte au prix de la prestation : CA Lyon 27 février 2020 :
  - « La société Body factory soutient que l'article 12 du contrat qui l'oblige à verser à titre de clause pénale l'intégralité des loyers à échoir crée un déséquilibre significatif car elle conduit à lui **faire régler une somme très largement supérieure à la valeur réelle des biens loués**.
  - La société Locam réplique à bon droit que le texte susvisé dispose que le déséquilibre invoqué ne peut porter sur le prix et que l'indemnité de résiliation ne crée aucun déséquilibre pour correspondre à l'économie générale du contrat de location financière.
  - En effet, la société Body factory **ne tente pas de caractériser un déséquilibre qui ne serait pas inhérent au prix des biens loués**. Elle n'est pas fondée à demander que cette clause 12 soit réputée non écrite ».

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

- Intérêt de la définition du champ d'application de chacun de ces deux textes
- Com. 25 janv. 2017 : l'article L. 442-6, I, 2°, n'exclut pas « *que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu* » et « **autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties** ».

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

- Ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : la victime est un « *partenaire commercial* ».
- Quelle définition ?
  - Un partenariat « *suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant* » : CA Paris, 1er juill. 2019 (pas de partenariat commercial pour la location d'un photocopieur).

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

- Quelle définition du partenaire commercial ?
- Com., 15 janv. 2020 : un partenaire commercial est une « *partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale* » : Cass. Com., 15 janv. 2020 (contrat d'abonnement **de site internet** et contrat de licence d'exploitation)

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

## ➤ Ordonnance du 24 avril 2019

**Article L. 442-1 du Code de commerce** : s'applique à « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ».

Rapport au Président de la République : « *permet d'inclure toutes les situations où la pratique illicite est imposée à un cocontractant dans le cadre de son activité de distribution, de production ou de service* ».

# 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DES CONTRATS IT : DANS QUELS CAS ?

- Pas d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce :
  - Bail commercial (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 2018) et cession de fonds de commerce (CA Paris 10 avril 2019)
  - Modalités de retrait d'un GIE (Cass. Com. 11 mai 2017), rapports entre membres d'une société coopérative (Cass. Com. 18 oct. 2017), pactes d'actionnaires...
  - Règles applicables aux établissements de crédit et sociétés de financement : T. Com Paris, 2 sept. 2019, Cass. Com., 15 janv. 2020 (location financière)

# SOMMAIRE

Le déséquilibre significatif des contrats IT : dans quels cas ?	3
Le contrat IT : les clauses déséquilibrées, la méthode	16
Le contrat IT : les clauses déséquilibrées, le « catalogue »	30
Les sanctions du déséquilibre significatif	48

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

- Les deux conditions de l'article L. 442-1 du Code de commerce :
  - *Soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations*
  - *Créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

- Rapprochement avec l'abus de dépendance (C. civ., art. 1143) : *obtenir un engagement par contrainte et en tirer un avantage manifestement excessif*
- Risque fréquent de dépendance technique en IT compte tenu de la domination exercée par un nombre limité d'acteurs
- La question de la preuve est essentielle

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

- CA Paris 11 janvier 2019 :

*« (...) Pour postuler avec succès à l'appel d'offre versé aux débats, le demandeur a pris en compte les pré-requis de l'offre concernant notamment la description de l'activité, les services à fournir, le respect de certaines contraintes comme l'envoi de rapports d'activité, le maintien d'une qualité pour les services fournis, ainsi l'ensemble du dispositif proposé par le défendeur dans le document d'appel d'offres, le demandeur ayant la faculté de ne pas postuler.*

*Dès lors que le demandeur a participé, librement, à la procédure d'appel d'offres lancée par le défendeur à laquelle elle n'était aucunement liée, elle échoue à démontrer une dépendance économique à l'égard du défendeur, partant la soumission à une obligation créant un déséquilibre significatif ».*

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

- Jusqu'à aujourd'hui, le déséquilibre est surtout retenu dans des actions engagées par le ministère de l'économie :
  - CA Paris 19 juin 2019 : « *Il ne ressort d'aucun élément du dossier que, comme le relève à juste titre la société défenderesse, Mme G... a contesté les conditions commerciales insérées dans les bons de commandes de la société défenderesse, de sorte qu'elle ne démontre pas que cette dernière l'ai soumise pendant les 16 mois de relations commerciales à accepter ses conditions commerciales* »
  - CA Paris, 24 mai 2019: « *Il ne peut être inféré comme l'ont fait les premiers juges, du seul contenu des clauses, la caractérisation de la soumission ou tentative de soumission exigée par le législateur* »

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

### La soumission : l'importance du CA est en lui-même insuffisant

- CA Paris 11 janv. 2019 : « *Il n'est pas valablement contesté que les parties disposent de forces économiques dissemblables, le défendeur se définissant comme la plus grande société informatique au monde, avec un chiffre d'affaires total de 126 milliards de dollars pour l'année fiscale 2010. Cependant (...) le seul montant d'un chiffre d'affaires réalisé n'est pas en lui-même constitutif d'une position de force susceptible d'entraîner une soumission d'un partenaire commercial. Dès lors la seule évocation de la force économique du défendeur est insuffisante à rapporter la preuve d'un rapport de force déséquilibré entraînant une soumission » du cocontractant.*

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

**Soumettre ou tenter de soumettre, selon la Cour de cassation :**

- absence de possibilité de négociation (Com. 27 mai 2015)
- absence de marge de négociation (Com. 26 avr. 2017)
- absence de négociation effective (Com. 3 mars 2015)

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

Soumettre ou tenter de soumettre, selon la Cour d'appel de Paris :

**CA Paris 19 juin 2019** : « *L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce doit s'interpréter strictement* ».

**CA Paris 11 janv. 2019** : « *L'élément de soumission ou de tentative de soumission (...) implique la démonstration de l'absence de négociation effective, l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation impliquant cette absence de négociation effective* ».

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

### ➤ Pas de soumission :

- CA Paris 16 février 2018 : la société « *n'établit pas que le contrat lui ait été imposé ni qu'elle n'ait pas eu la possibilité de le négocier alors qu'elle est une professionnelle avertie de la **vente en ligne** et qu'elle avait tout loisir d'utiliser d'autres plateformes en l'absence de clause d'exclusivité ».*

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

### ➤ La portée des clauses de négociations des CGA

CA Paris 30 octobre 2019 : « Les CGA annexées au bon de commande du 17 juin 2015 mentionnent qu'elles sont le fruit d'une négociation, l'article 1 intitulé 'Négociation' disposant : Le présent contrat est le résultat de la négociation intervenu entre le Fournisseur et l'Acheteur qui sont expressément convenus d'écarter les stipulations des documents émanant du Fournisseur en raison de la nature spécifique des commandes passées par l'Acheteur et de la nécessité de respecter le cahier des charges techniques de l'Acheteur ».

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

- Analyse clause par clause, puis analyse globale :
- Lecture commandée par le texte même :
- « soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

### ➤ L'approche globale :

- Com. 3 mars 2015 : tenir compte du « *contexte dans lequel [le contrat] était conclu ou proposé à la négociation* »
- CA Paris 16 mai 2018 : déséquilibre apprécié « *au regard de l'économie de la relation contractuelle* » et in concreto (CA Paris 17 juin 2020).
- CA Paris, 7 nov. 2019 : « *Au vu de l'économie générale du contrat, et des clauses du contrat, il ne peut être retenu que la société X a tenté de soumettre la société Y à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LA METHODE

- Le déséquilibre significatif est celui qui dépasse un certain seuil :
  - CA Paris 19 déc. 2018 : « Il y a lieu de considérer que cette offre crée un déséquilibre, en ce que ces montures ne correspondent pas à la gamme de produits vendus par ces opticiens très spécialisés et que ces produits ne seront pas vendus facilement au regard de la cible première du magasin. Pour autant, au regard du faible coût des 36 montures et du bénéfice à être membre du réseau Carte Blanche par l'augmentation de la clientèle qui en découle, et des services rendus par l'intimée aux membres du réseau, **il n'est pas établi que ce déséquilibre dans les droits et obligations des parties soit significatif** ».

# SOMMAIRE

Le déséquilibre significatif des contrats IT : dans quels cas ?	3
Le contrat IT : les clauses déséquilibrées, la méthode	16
Le contrat IT : les clauses déséquilibrées, le « catalogue »	30
Les sanctions du déséquilibre significatif	48

## 2. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

### Le déséquilibre entre les droits et obligations des parties :

- Cass. Com. 3 mars 2015 : les clauses accordant une faculté ou un droit à une seule des parties
- Clauses modifiant la répartition des risques ou les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité telles qu'elles résultent de dispositions supplétives
- CA Paris 19 janv. 2018 : obscurité, complexité des clauses ou de la procédure (attribution d'un marché, procédure de contestation de factures...)

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ La clause de résiliation anticipée bilatérale

- Cass. Com 12 avril 2016 : « *la clause de résiliation anticipée confère au concédant comme au concessionnaire le même droit de mettre fin au contrat et dans les mêmes conditions, notamment sans justification d'une faute, la cour d'appel a pu retenir que la clause ne créait pas un déséquilibre significatif entre les parties* »

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ La clause résolutoire

- CA Paris 6 janv. 2017 « *la **clause résolutoire** de l'article 10.1 n'est pas de nature à créer un déséquilibre significatif, au sens de l'article L442-6 I 2° du code de commerce, en défaveur du locataire dès lors qu'elle vise d'une part à contraindre ce dernier à l'exécution du contrat, d'autre part à réparer forfaitairement le préjudice effectivement subi par le bailleur en cas de résiliation de la convention ; que, les sommes réclamées au locataire étant conformes aux stipulations contractuelles, le jugement entrepris sera confirmé de ce chef* ».

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

- Clause d'indemnité en cas de résiliation anticipée :
  - TCom Paris 4 mai 2017, « *la clause vise à compenser le préjudice financier subi par (le loueur) du fait de la résiliation anticipée des contrats. En l'espèce l'indemnité couvre ni plus ni moins ce (qu'il) aurait perçu si le contrat avait perduré jusqu'à son terme, certes avec un paiement immédiat au lieu d'un paiement étalé dans le temps mais avec un abattement de 5% pour compenser cet effet* ».
- Pas de preuve du « *caractère excessif des indemnités de résiliation au regard de la valeur du service rendu* » : pas de déséquilibre significatif

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

- Clause de suspension ou de résiliation prévoyant l'arrêt des services pour des « *motifs techniques* » ambigus:
- TCom Paris 2 sept. 2019 : « *L'absence de toute référence à ce que sont les raisons légitimes d'arrêt brutal temporaire ou définitif de tout ou partie des services (...) » sans référence à « des types d'incidents technologiques précis (dysfonctionnement de serveurs, saturation du site, attaque de hackers...) (...) est constitutive d'un déséquilibre significatif »*

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ Clause sur la preuve :

- clause prévoyant que « *lors de la livraison du site web, le locataire signera le procès-verbal de conformité. La signature de ce procès-verbal par le locataire vaut reconnaissance par ce dernier de la conformité du site web au cahier des charges et à ses besoins* ».
- CA Lyon 13 janv. 2012 : « *Il suffit au locataire de ne pas signer le procès-verbal si le site n'est pas conforme ou s'il n'est pas mis en mesure d'en apprécier la conformité* » : pas de déséquilibre significatif
  - Attention : cette présomption de conformité en cas de signature du PV n'est pas irréfragable (article 1356 Code civil, jugé en matière informatique : Com. 6 déc. 2017)

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ La clause pénale

- la question d'un contrôle fondé sur l'article L. 442-1 du Code de commerce a été posée :

*Réponse affirmative de la Cour de cassation depuis 2015 (malgré le pouvoir de réduction du juge)*

- mais rare en pratique :

*CA Paris, 23 oct. 2017: « une telle clause ne crée pas de déséquilibre significatif puisqu'il doit être également tenu compte du préjudice subi par le bailleur financier qui doit amortir le coût d'acquisition du matériel qu'il a acheté et que les pénalités peuvent être modérées si elles présentent un montant manifestement excessif selon les termes de l'article 1152 du code civil dans sa rédaction »*

*CA Paris 17 oct. 2019: « l'exigence de ponctualité étant en l'espèce inhérente à la mission confiée à la société X comme relevant de l'obligation de résultat qui s'impose au sous-traitant conformément à l'article 8 des contrats »*

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ Clauses de responsabilité :

CA Paris 27 juin 2019 : « *Les obligations du prestataire sont celles d'un prestataire de service sur lequel pèse une obligation de moyens et aux termes de l'article 5.6, les obligations du prestataire sont exclusivement limitées aux prestations énumérées dans le présent contrat. Sa responsabilité ne saurait être engagée pour des dommages résultant du fonctionnement de l'installation ou de son non-fonctionnement pour quelque cause que ce soit en l'absence d'une faute dûment prouvée par le client dans l'exécution des prestations prévues dans le présent contrat* » : pas de déséquilibre significatif

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ Clauses de responsabilité :

clause écartant toute responsabilité du site internet marchand en cas de pannes du système : pas de déséquilibre significatif

- TCom Paris, 2 sept. 2019 : « *Ce type de clause est usuel dans les contrats pour des sites internet car les pannes de systèmes, la saturation d'un site par le trop grand nombre de transactions simultanées, les attaques virales sont des éléments imprévisibles et insurmontables* ».

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ Clause de responsabilité

Clause écartant tout plafond de réparation en cas de violation du RGPD par le sous-traitant.

Objectif : permettre au responsable du traitement de reporter sur le prestataire la charge des amendes prononcées par la CNIL

Risque de déséquilibre significatif (absence de réciprocité).

Et la question de la validité même de telles dispositions est posée, donc son caractère « *nécessaire* » également.

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ Clause de « garantie »

Clause qualifiant de « garanties » l'obligation contractuelle de conformité (« garanties » d'évolutivité, exploitabilité, robustesse, maintenabilité du logiciel et compatibilité avec le système du client)

- Le fournisseur ne peut opposer les moyens de défense propres à la responsabilité contractuelle
- La garantie suppose la correction des « défauts » aux frais du fournisseur

Risque de déséquilibre significatif

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ Clause d'audit de licences logicielles :

- liée à des métriques peu compréhensibles
- mettant en place un processus non contradictoire
- faisant intervenir un auditeur tiers sans garantie de confidentialité
- obligeant le licencié à accepter les conclusions du rapport d'audit
- mettant les frais de l'audit à la charge du licencié

#### ➤ Risque de déséquilibre significatif

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ Clause de propriété intellectuelle

- Clause prévoyant la cession exclusive et gratuite de tous les travaux du prestataire au client, sans distinguer ceux qui pourraient être réutilisés pour d'autres clients sans dommage ou qui ne présentent pas d'intérêt particulier
- Risque de déséquilibre significatif (pas de réciprocité, limitation non justifiée de l'activité commerciale du prestataire)

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ Clause de modification du contrat

- Cass. Com. 29 sept. 2015 : « *La société X ne démontre pas que la clause « changement de tarifs et conditions » est nécessaire à l'équilibre de la convention ou que ce déséquilibre est compensé par d'autres dispositions du contrat ; (...) la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a, procédant à une appréciation concrète et globale des contrats en cause, caractérisé le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».
- CA Paris 2 juin 2017: la clause de révision de prix repose sur une formule claire prenant en compte des paramètres extérieurs à la volonté de la société Y: pas de déséquilibre significatif

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ Clause de modification du contrat

- TC Paris 2 sept. 2019 : clause prévoyant la modification de toutes les dispositions contractuelles « *à tout moment et à l'entière discrétion [du défendeur]. Ces modifications prennent effet au moment ou elles sont affichées sur le site [du défendeur]. [Le défendeur peut] changer les politiques des Programmes sans en aviser [les vendeurs] (...). Une utilisation du service poursuivie après toute modification (...) constitue une acceptation de ces modifications* » : déséquilibre retenu

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

- Le tribunal relève :

- **L'absence de tout préavis** avant l'entrée en vigueur des modifications,
- **L'absence de toute notification individuelle,**
- Le risque de ce fait pour tout vendeur d'être en infraction avec les nouvelles règles sans le savoir,
- Une faculté de résiliation illusoire en cas de désaccord compte tenu de la difficulté de mise en œuvre rapide d'une solution alternative,
- L'exclusivité de fait dont bénéficie le défendeur auprès d'une large fraction des vendeurs référencés

✓ La clause crée donc un « déséquilibre manifeste »

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

➤ Clauses de forclusion et de prescription:

Ces clauses restreignant le droit d'agir d'une partie peuvent créer un déséquilibre significatif en l'absence de réciprocité

Ex : la clause qui prévoit un délai de prescription conforme au minimum légal mais un délai de réclamation de l'une des parties à l'égard de l'autre de 15 jours sous peine de forclusion et d'irrecevabilité de toute action en justice ultérieure

### 3. LE CONTRAT IT : LES CLAUSES DESEQUILIBREES, LE « CATALOGUE »

#### ➤ Clauses de règlement des différends

- CA Paris 11 sept. 2018: pas de déséquilibre significatif car la clause compromissoire ne faisait pas échec à l'exercice d'un recours effectif
- CA Paris 5 déc. 2018 : « *ce recours à la langue anglaise [dans une clause compromissoire], langue communément utilisée dans le monde des affaires, ne crée pas en soi un déséquilibre entre les parties* ».

# SOMMAIRE

Le déséquilibre significatif des contrats IT : dans quels cas ?	3
Le contrat IT : les clauses déséquilibrées, la méthode	16
Le contrat IT : les clauses déséquilibrées, le « catalogue »	30
Les sanctions du déséquilibre significatif	48

## 4. LES SANCTIONS DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

### ➤ La nullité des clauses

- **Discussion sous l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce :**

la partie victime peut-elle demander la nullité des clauses ?

Plutôt non : Cass. Com, 24 mai 2017

- **Article L. 442-1 du Code de commerce :** *la victime, le ministère public et le ministère de l'économie peuvent demander la nullité*

## 4. LES SANCTIONS DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

### ➤ La responsabilité extracontractuelle pour faute

CA Paris 19 janvier 2018 : « en l'ayant soumise à un déséquilibre significatif entre les obligations respectives des parties, la société X a privé la société Y d'une chance d'obtenir un nombre plus grand d'espaces publicitaires souhaités et corrélativement du chiffre d'affaires supplémentaire correspondant qui en serait résulté, étant rappelé que l'indemnisation d'une perte de chance n'est jamais égale au produit escompté si la chance s'était réalisée et qu'en l'espèce, en fonction des éléments disponibles dans le dossier, il convient d'évaluer forfaitairement le préjudice résultant de ladite perte de chance à hauteur de la somme de 150.000 euros »

## 4. LES SANCTIONS DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

➤ La suppression des clauses

- **Discussion sous l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce**
- **Clarification par l'art. L. 442-4 : « Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques »**

## 4. LES SANCTIONS DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

### ➤ L'amende

- Article L. 442-4 du Code de commerce : Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants :
  - ❖ cinq millions d'euros ;
  - ❖ le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ;
  - ❖ 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

## 4. LES SANCTIONS DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

- L'amende

➤ TCom. Paris, 2 sept. 2019:

Demande visant à sa condamnation à une amende civile d'un montant de 9,5 millions d'euros, soit 1,78 % de son chiffre d'affaires. En se fondant sur l'ancien article L. 442-6, III du code de commerce, le tribunal a jugé que n'était pas rapportée la preuve du montant des avantages retirés par le défendeur du fait de ses pratiques, et que l'amende était dès lors nécessairement plafonnée à 5 millions d'euros. Compte tenu de la bonne foi du défendeur depuis l'ouverture de l'enquête, et des mesures mises en œuvre pour limiter les pratiques, le tribunal fixe l'amende à 4 millions d'euros.

# HERALD

AVOCATS DEPUIS 1957

## CONTACT

**Anne Cousin**

Avocat associé IP/IT

[a.cousin@herald-avocats.com](mailto:a.cousin@herald-avocats.com)