

Le contrôle du prix par le juge est une réalité !

Dans la course à la poursuite judiciaire contre les grands distributeurs, le déséquilibre significatif est sans conteste l'un des fondements les plus invoqués devant les juges. Si le ministre de l'économie et des finances a un large pouvoir pour engager des poursuites, la Cour de cassation vient de conférer au juge un contrôle grandissant - voire inquiétant - des négociations commerciales dans les relations *fournisseur - distributeur* grâce, notamment, à l'article L. 442-6, 1, 2° du Code de commerce relatif au déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

En effet, la Cour de cassation a confirmé la condamnation de la centrale d'achats du groupe Leclerc (Galec) à rembourser plus de 60 millions d'euros de ristournes aux fournisseurs et à payer 2 millions d'euros d'amende civile (Cass. com. 25 janv. 2017) en décidant que le texte permet **un contrôle judiciaire du prix** et que **le principe de la libre négociabilité du prix** posé par la loi LME du 4 août 2008 **est limité par l'exigence d'une contrepartie ou d'une justification**.

Le contrôle du prix par le juge. Beaucoup pensaient que le prix n'était pas inclus dans le champ d'application du délit de déséquilibre significatif, à l'instar de la clause abusive en droit de la consommation pour laquelle l'examen par les juges ne doit pas porter « sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert » (art. L. 212-1 C. conso.). La Cour de cassation a décidé autrement et a jugé, confirmant la position de la Cour d'appel de Paris, que le texte autorise le contrôle judiciaire du prix dès lors qu'il « ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ».

La prise en compte des ristournes. Selon les hauts magistrats, le déséquilibre significatif s'apprécie au regard de la convention passée entre le distributeur et le fournisseur, censée traduire leur négociation commerciale. Ainsi, la ristourne de fin d'année (RFA) est sujette à contrôle même si elle n'est pas, à proprement parler, une « obligation » comme le soutenait Galec.

La fin de la libre négociabilité du prix et le retour des contreparties « à la ligne ». Avant 2008, du fait de l'interdiction de discrimination, chaque avantage et, donc, chaque réduction de prix du fournisseur, devait être justifiée par une contrepartie réelle fournie par le distributeur. La LME a supprimé cette interdiction instaurant un principe libre négociabilité tarifaire. La Haute Cour renie ce principe en considérant que le mécanisme des RFA crée un déséquilibre délictueux dans la mesure où leur paiement à Galec est prévu soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires non chiffré ou d'un chiffre d'affaires inférieur de près de moitié à celui réalisé

l'année précédente, soit sans aucune contrepartie. Selon la Cour, les fournisseurs ont versé une RFA sans que le distributeur ait pris une réelle obligation à leur égard, ni que d'autres stipulations contractuelles rééquilibrent le contrat. Ce faisant, son analyse revient à faire correspondre une contrepartie à chaque réduction de prix, faisant fi d'une appréciation globale de la négociation et réduisant à néant le principe de libre négociabilité du prix.

Les relations commerciales impliquées. La Cour justifie sa décision par l'exigence légale de formaliser la négociation commerciale entre le distributeur et le fournisseur dans une convention écrite (art. L. 441-7 C. com.) afin de permettre à l'administration de contrôler, *a posteriori*, les engagements pris par les cocontractants. Faut-il comprendre que la Cour suprême a entendu réserver à la grande distribution cette faculté de contrôle du prix par le juge, pour protéger les fournisseurs des excès des grands distributeurs ? Mais l'exigence de la convention écrite va au-delà de la grande distribution et concerne **les rapports de tous les fournisseurs et leurs distributeurs**. Bien plus, à ce stade, **rien n'interdit à un contractant de remettre en cause le prix convenu au sein d'une relation commerciale quelle qu'elle soit**, en se fondant sur le déséquilibre. Il appartiendra à la jurisprudence ultérieure de préciser le périmètre du contrôle. Force est de constater qu'on est loin de la sécurité juridique que la Cour de cassation est supposée assurer.

Les craintes quant à la caractérisation d'un prix déséquilibré par le juge. A vouloir maîtriser les excès à la libre négociabilité du prix dans la grande distribution, la solution de la Cour de cassation ne revient-elle pas à remettre en cause la liberté de contractuelle et la liberté d'entreprendre qui ont pourtant une valeur constitutionnelle ? En ne posant aucune limite dans l'estimation du déséquilibre, le pouvoir donné au juge n'est-il pas excessif ? Assurément, d'autant plus qu'il a pour effet de remettre en cause la liberté de négocier les prix telle qu'elle a été instaurée par la LME en 2008.

La réforme du droit des contrats. Le législateur a été plus prudent. Le nouvel article 1171 du Code civil qui intègre dans le droit commun la notion de déséquilibre significatif, précise que le contrôle du juge ne peut pas porter sur le prix, comme en droit de la consommation, faisant ainsi application de la volonté d'une conception unitaire du déséquilibre significatif défendue par le Conseil constitutionnel (déc. du 13 janvier 2011). Si la jurisprudence de la Cour de cassation est maintenue, voire étendue, elle laisse en aparté l'article L. 442-6 et le droit de la concurrence.

Ainsi, un seul mot d'ordre dorénavant quant au prix dans les contrats : vigilance !