

AJ Contrat 2018, p.471**Le déséquilibre significatif dans les contrats commerciaux : nouvel outil de lutte contre les GAFA**

Eva Mouial Bassilana, Professeur à l'Université Nice-Sophia-Antipolis, GREDEG, CNRS, UMR 7321

David Restrepo, Professeur à HEC Paris, GREGHEC, CNRS, UMR 2959

Lorenzo Colombani, Élève avocat à l'École de formation professionnelle des barreaux de la cour d'appel de Paris (EFB), co-fondateur du think tank ThinkH+

En décembre 2017, au terme d'une vaste enquête menée par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) (1), le ministre de l'Économie assignait la société Amazon sur le fondement du déséquilibre significatif qu'elle ferait peser sur ses relations commerciales avec les entreprises qui utilisent les services du géant pour écouler leur marchandise. Le 14 mars 2018, l'autorité annonçait avoir assigné Apple et Google sur le même fondement, au nom du ministre, au motif que « plusieurs clauses des contrats types que les magasins d'application d'Apple et Google caractérisent un "déséquilibre significatif", pratique prohibée par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Par exemple : la fixation unilatérale d'une fourchette de prix au sein de laquelle les développeurs doivent fixer le tarif de leurs applications pour les consommateurs ; la possibilité pour Google/Apple de modifier ou suspendre unilatéralement le contrat ; la libre utilisation par Google/Apple des informations, notamment technologiques, communiquées par les développeurs sans aucune réciprocité » (2).

Les pouvoirs publics faisaient ainsi usage d'un outil relativement nouveau de protection de l'ordre public économique français, issu du répertoire des sanctions des pratiques restrictives de concurrence (en matière commerciale) et abusives (en matière de consommation) : la prohibition du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties à un contrat.

Notion originaire du droit communautaire de la consommation (3) puis intégrée en droit interne, dans le code de la consommation (4), la prohibition du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties à un contrat s'est étendue au droit commercial (5), puis a été introduite dans le droit commun (6) avec le retentissement que l'on sait, par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (7) portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui vient d'être ratifiée (8). En matière commerciale, elle permet au juge de sanctionner sur un fondement délictuel celui qui intègre une clause produisant un déséquilibre significatif ou bien d'écarter ladite clause du contrat en se fondant sur une appréciation relativement subjective de l'équilibre des droits et obligations des parties au contrat. Accompagnés de l'habituelle injonction de cessation des pratiques, ces pouvoirs permettent aux pouvoirs publics de remettre en cause le modèle commercial de grands groupes jugés jusqu'ici intouchables.

Initialement restreint au domaine de la grande distribution, le déséquilibre significatif a fait récemment l'objet d'un usage jurisprudentiel plus ambitieux : depuis l'affaire *Expedia* (9), aux termes de laquelle le juge a reconnu à l'article L. 442-6, I, 2° la nature de loi de police (10), il apparaît comme pouvant devenir un instrument privilégié de régulation des nouveaux modèles commerciaux inspirés ou mis en oeuvre par les GAFA (11), c'est-à-dire les géants du numérique. La portée quasi extraterritoriale de ce jugement est d'autant plus signifiante que Facebook, soucieuse d'échapper aux règles du règlement général sur la protection des données (RGPD) (12), a récemment décidé de soumettre les personnes physiques ne résidant pas au sein de l'Union européenne à son siège américain plutôt qu'à son siège irlandais, comme elles l'étaient auparavant.

Toutefois, alors que le RGPD vient d'entrer en vigueur (13), il est bon de rappeler que les enjeux de la régulation des GAFA ne se limitent pas à la protection des données personnelles des personnes physiques, mais touchent également au rééquilibrage des rapports de force entre les différents acteurs économiques professionnels, tels que les distributeurs d'un côté et les producteurs, commerçants et petites entreprises du numérique (au premier chef desquels figurent les créateurs d'applications mobiles) de l'autre. C'est l'occasion de revenir sur la notion de déséquilibre significatif et sur les évolutions et le rôle de ce régime particulier de lutte contre les clauses abusives dans la régulation des GAFA.

Il conviendra dans un premier temps de revenir sur l'affaire *Expedia*, dont le principal apport est d'avoir accru le contrôle des tribunaux français sur les contrats internationaux en reconnaissant à

l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce la nature de loi de police et en donnant de ce fait aux tribunaux le pouvoir de contourner les clauses d'élection de for et de loi. À ce titre, la disposition représente à la fois un nouvel outil de protection de l'ordre public économique français face aux GAFA et une menace à la sécurité juridique. Néanmoins, bien que le texte ait *de facto* une portée extraterritoriale en ce qu'il cherche (et réussit) à prévenir le *forum shopping*, sa portée exacte, tant territoriale que matérielle, reste incertaine à l'heure actuelle et invite ainsi les praticiens à suivre de près l'évolution de la notion de déséquilibre significatif dans les mois, voire les années à venir, et, surtout, le contentieux naissant qu'elle suscite entre les pouvoirs publics et les GAFA.

1. Le déséquilibre significatif, outil de protection de l'ordre public économique français et/ou menace à la sécurité juridique

Dans son jugement du 7 mai 2015 (*Expedia*), confirmé pour l'essentiel en appel, le tribunal de commerce de Paris n'a pas hésité à retenir de façon contradictoire la nature délictuelle du litige pour affirmer sa compétence territoriale et les règles de conflit de loi régissant la matière contractuelle pour faire application du droit français, portant ainsi atteinte à la sécurité juridique des contrats internationaux mais illustrant son adhésion à l'impératif de protection de l'ordre public économique français.

1.1. Le contournement des clauses d'attribution de compétence

Le groupe Expedia, spécialisé dans la création de plateformes de réservation de chambres d'hôtel en ligne, se voyait en l'espèce reprocher d'abuser de sa position dominante sur le marché pour stipuler des clauses abusives au sein de ses contrats de référencement avec ses partenaires hôteliers situés sur le territoire français.

Avant de déterminer la juridiction compétente, il fallait que le tribunal puisse écarter les stipulations des co-contractants, qui désignaient les tribunaux anglais, ce qu'il a fait en se fondant sur l'effet relatif des contrats. Selon le tribunal, le ministre de l'Économie n'était pas partie aux contrats et ne pouvait donc pas être lié par leurs clauses d'élection de for (14), malgré leur validité, qu'il a reconnue. Sur ce point, la cour d'appel a confirmé le jugement de première instance en rappelant qu'« il est de jurisprudence constante que les clauses attributives de juridiction sont inopposables au ministre de l'Économie » (15).

La volonté des parties étant écartée, le tribunal a dès lors pu retenir sa compétence en se fondant sur le caractère délictuel du litige. En l'espèce, il a constaté que le dommage était survenu en France, les hôtels signataires étant situés sur le territoire hexagonal (16). Or, en matière de conflits de juridiction, l'article 5 § 3 du règlement Bruxelles I (17) prévoit qu'« en matière délictuelle [une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre] devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » (18), en l'occurrence la France et les tribunaux français.

Si les hôtels et non le ministre avaient assigné Expedia, le tribunal aurait fait application de la clause d'élection de for et confirmé la compétence des tribunaux anglais, dans la mesure où le for désigné par les clauses d'attribution de compétence prime systématiquement tout for envisagé alternativement en matière délictuelle (19).

Ce procédé de contournement des clauses contractuelles ne doit pas surprendre dans un contexte de protection de l'ordre public économique français. Celui-ci reste néanmoins étonnant au regard de l'impératif d'attractivité économique parfois avancé pour protéger l'autonomie des volontés dans les contrats internationaux. Il peut s'expliquer par les perturbations inédites occasionnées sur le marché hôtelier français par les sites de réservation en ligne, qui, manifestement plus soucieux de la rentabilité de leur modèle que de sa soutenabilité pour leurs partenaires, n'hésitaient pas à stipuler des clauses de « *most favoured customer* » leur garantissant le prix le plus bas pratiqué par les hôtels partenaires sur l'ensemble de ses autres canaux. Sous couvert d'assurer au consommateur les meilleurs tarifs, ces clauses amenaient en pratique les hôtels à assumer la totalité du risque économique et à sacrifier leur marge réelle, les contrats prévoyant une marge fixe pour Expedia (en pourcentage ou avec un plancher en valeur absolue), versée par les hôtels même en cas d'annulation postérieure de la réservation. Le tribunal a estimé que les investissements d'Expedia dans le développement de ses sites ne compensaient pas le déséquilibre engendré par les clauses susmentionnées.

Au regard du caractère analogue des perturbations causées par le modèle économique d'Expedia sur le marché hôtelier et par celui des GAFA sur le secteur de la distribution, du numérique et sur les petits commerçants, il n'est donc pas surprenant que les autorités publiques aient saisi l'opportunité offerte par la solution du tribunal et de la cour d'appel pour protéger l'ordre public économique en ayant à nouveau recours au déséquilibre significatif. Or, nous le verrons, le raisonnement du tribunal en matière de droit applicable n'a pu que renforcer l'attrait du déséquilibre significatif pour la protection de l'ordre économique.

Il ne peut toutefois être nié que l'accueil favorable réservé à l'action indépendante du ministre porte

atteinte à la prévisibilité traditionnellement garantie par les clauses d'élection de for dans les contrats internationaux dans la mesure où il instaure un certain degré d'incertitude quant à l'efficacité de ces clauses. Néanmoins, la solution prétorienne permet dans le même temps de lutter efficacement contre la tentation du *forum shopping*, dont l'attrait pour les GAFA a été rendu manifeste par la récente décision de Facebook de soumettre les résidents non européens (et notamment sud-américains) aux règles américaines de protection des données personnelles plutôt qu'au RGPD.

1.2.L'éviction de la loi choisie par les parties

Dans l'affaire *Expedia*, en contradiction avec l'analyse qu'il avait menée sur sa compétence territoriale, le tribunal a retenu les règles de conflit de lois afférentes à la matière contractuelle pour faire application du droit français plutôt que du droit anglais visé par les clauses de choix de loi stipulées aux contrats d'Expedia (tout en reconnaissant la validité des clauses), alors même que le ministre lui-même semblait reconnaître au litige un objet délictuel.

Pour justifier sa décision et rejeter l'application du règlement Rome II⁽²⁰⁾ sur les conflits de lois en matière non contractuelle, le tribunal se contente d'affirmer que « la matière [*contractuelle, en l'espèce*] emporte la règle de conflit de loi » et que la jurisprudence de l'Union européenne, qui n'est au demeurant pas visée précisément, devait « conduire à donner une interprétation large de la notion "d'obligation contractuelle" »⁽²¹⁾.

Or, l'article 9 du règlement du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I, prévoit l'application des lois de police (c'est-à-dire des dispositions « dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique »⁽²²⁾) de la *lex fori* et donc, pour le tribunal, de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, expressément qualifié de loi de police. En effet, le tribunal soutient que « pour des établissements situés en France, l'article L. 442-6, I, 2° est une disposition dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police ». La cour d'appel confirme cette analyse en soutenant que « l'article L. 442-6, I, 2° est une loi de police qui doit s'appliquer en dépit de toute clause prévoyant l'application d'une loi étrangère »⁽²³⁾. Une même solution avait déjà pu être affirmée précédemment mais dans un contentieux de moindre importance⁽²⁴⁾.

La contradiction apparente du tribunal se reflète également dans les différents textes applicables en droit français. En effet, contrairement à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, l'article 1171 du code civil n'inclut pas expressément l'élément délictuel qui caractérise le déséquilibre significatif en droit commercial, puisqu'il se limite à donner au juge le pouvoir de réputer non écrites les clauses illicites. La notion de déséquilibre significatif dans le droit commun relèverait donc *a priori* uniquement de la matière contractuelle. En revanche, s'agissant de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, la nature du litige est plus problématique. Elle ne ressort pas clairement du texte. Cette lacune, bien qu'elle semble appuyer le raisonnement du tribunal, pourrait rendre plus difficile le fait de justifier le caractère délictuel des faits reprochés à Expedia. Le parallèle peut être fait avec une autre pratique restrictive, celle de la rupture brutale des relations commerciales établies⁽²⁵⁾. Contre l'avis de son avocat général, la Cour de justice de l'Union européenne⁽²⁶⁾ (CJUE) a décidé de retenir la qualification contractuelle et non délictuelle de l'action fondée sur la rupture brutale de relation commerciale établie lorsqu'il existe une relation contractuelle *tacite* entre les parties (*a fortiori*, faut-il imaginer, lorsque la relation est explicite), ce qui va à l'encontre de la jurisprudence française qui retient en la matière la nature délictuelle⁽²⁷⁾.

Au-delà de toute explication technique du jugement, celui-ci souligne en creux l'intention du tribunal de faire prévaloir la politique économique française dans le domaine du marché des contrats internationaux ayant un impact au niveau national. Si la cour d'appel a rétabli la cohérence juridique du raisonnement du tribunal en jugeant que « l'objet de la procédure ne relève [...] pas de la matière contractuelle, mais de la matière délictuelle d'où il découle que le règlement Rome II du 11 juillet 2007 s'applique », le message de fond n'en est pas moins clair : la politique publique économique française prime l'autonomie des parties dans les contrats internationaux dès lors qu'ils causent un dommage sur le territoire français. Ce raisonnement est particulièrement d'actualité à une époque où la globalisation des marchés met souvent hors de portée du droit national les principaux acteurs économiques, notamment ceux de la distribution et du numérique. La cour d'appel relaye d'ailleurs ce message, puisqu'elle se contente d'infirmier le jugement de première instance sur le point du droit applicable, qu'elle estime être le droit français, tout en affirmant « à titre surabondant » que, « à supposer même que la règle de conflit aboutirait à la désignation d'une loi étrangère », les lois de police françaises, dont elle rappelle la définition donnée par le règlement Rome I (des dispositions visant notamment à sauvegarder l'ordre économique du for), trouveraient à s'appliquer.

Sur ce dernier point, la cour d'appel va plus loin que le tribunal, puisqu'elle reconnaît la nature de lois de police des articles L. 442-6, I, 2° et L. 442-6, II, d) du code de commerce, là où le tribunal avait écarté cette qualification pour le second. La Cour donne ainsi aux pouvoirs publics une marge de

manoeuvre élargie pour protéger l'ordre public économique français.

2. Le déséquilibre significatif à l'échelle internationale, ou l'incertitude quant à sa portée

En retenant la nature de loi de police de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce dans l'affaire *Expedia*, il semble bien que le tribunal de commerce de Paris ait entendu lui donner une portée extraterritoriale, en dépit des règles européennes de conflit de lois qui viennent limiter cette portée. Il n'en demeure pas moins que l'organisation des autorités européennes face aux pratiques des GAFAs pourrait encourager certains tribunaux des autres États membres à suivre le modèle français. La portée extraterritoriale réelle du déséquilibre significatif reste donc aujourd'hui incertaine. De plus, le jugement du tribunal n'est pas sans incidence sur la portée matérielle du déséquilibre significatif, amené à s'étendre à des domaines connexes. Il trouvera par exemple à s'appliquer à l'arbitrage international.

2.1. La portée extraterritoriale incertaine du déséquilibre significatif, loi de police

Bien qu'ayant été qualifié de loi de police, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'a en théorie vocation à s'appliquer que si le déséquilibre significatif engendre un dommage sur le territoire français, ce qui est cohérent avec l'objectif de protection de l'ordre public économique national poursuivi par le ministre de l'Économie et la DGCCRF. Toutefois, la portée extraterritoriale des dispositions internes est essentiellement réglée par le droit européen. Or, si ces règles³⁰ (28) limitent en pratique l'applicabilité des lois de police nationales à l'étranger, elles pourraient étendre la portée de la disposition française hors des frontières hexagonales, et notamment aux contentieux portés devant les juridictions des autres États membres de l'Union européenne.

Par rapport à son prédécesseur (la convention de Rome du 19 juin 1980), le règlement Rome I, en son article 9, limite la marge d'appréciation des tribunaux des États membres vis-à-vis de l'application des lois de police. Il s'agit ici d'un choix exprès du législateur européen, qui cherchait, tout en traduisant l'ancienne convention en un nouveau règlement, à remédier au manque de clarté qui affectait le régime précédent, dont la mise en oeuvre était « restée quelque peu platonique »³¹ (29). Le règlement Rome I dispose ainsi que seules certaines lois de police sont applicables. En l'occurrence, sont seules applicables les lois de police du for, que le juge doit nécessairement appliquer, et les « lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale ». Dans ce dernier cas, le juge décide, avec une certaine liberté d'appréciation, de « donner effet » à de telles dispositions. Il est donc envisageable que les juges des États membres de l'Union appliquent l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce français.

Toutefois, l'impact extraterritorial du déséquilibre significatif tel que compris et interprété en France est limité. L'article 9 du règlement Rome I ne prévoit qu'une faculté de « donner effet » aux lois de police étrangères, *a fortiori* dans la mesure où cette faculté ne s'applique qu'aux lois de police du pays dans lequel les obligations sont exécutées. En outre, en vertu de l'article 3 § 3 du même règlement, les parties ne peuvent pas opter pour une loi étrangère si tous les éléments autres que la clause de choix de loi « sont situés » dans un autre pays. Il serait donc impossible à une partie de désigner la loi française pour son caractère protecteur. De même, si en matière extracontractuelle, l'article 16 du règlement Rome II prévoit que les lois de police du for priment la loi contractuelle³² (30), ce qui permettrait leur application dans le cadre d'une procédure localisée en France, la possibilité d'appliquer des lois de police étrangères, qui était prévue par les versions successives de la proposition de règlement, a disparu du texte final³³ (31). Néanmoins, le régime limité de Rome I et II est suffisant au regard de la finalité pour laquelle il a été mobilisé dans *Expedia* : la protection de l'ordre économique et des commerces situés sur le territoire français à travers l'application des lois de police françaises. À n'en pas douter, les mêmes considérations, renforcées par le succès de la jurisprudence *Expedia*, ont inspiré les pouvoirs publics lors des assignations d'Apple et d'Amazon.

Du reste, si la CJUE rappelle dans son arrêt *Nikiforidis*³⁴ (32) que « le législateur de l'Union a voulu restreindre les perturbations du système de conflit de lois engendrées par l'application des lois de police autres que celles de l'État du for » et qu'il a supprimé la faculté, introduite par une proposition de la Commission du 28 novembre 2005³⁵ (33), de donner effet aux lois de police d'un État qui présente des liens étroits avec le contrat concerné³⁶ (34), elle admet néanmoins que le juge du for puisse prendre en compte les lois de police d'un autre État membre comme « élément de fait » dans son appréciation³⁷ (35). Cette possibilité laissée aux tribunaux des États membres apparaît contradictoire avec la réaffirmation par la Cour de l'objectif de sécurité juridique dans l'espace européen, en ce qu'elle permet *a minima* d'entrevoir l'application de lois de police étrangères par une voie détournée et pourrait inciter les co-contractants à justifier leur inexécution par l'existence d'une loi de police. Elle ouvre néanmoins la voie à une application détournée du déséquilibre significatif *urbi et orbi*.

En tout état de cause, l'effet perturbateur du déséquilibre significatif dans un contexte international demeure fort, malgré la marge d'appréciation limitée laissée aux tribunaux par l'article 9 du règlement Rome I, qui rend facultative l'application des règles relatives au déséquilibre significatif lorsque la

juridiction saisie n'est pas française. Il n'est toutefois pas exclu que les juridictions nationales des États membres de l'Union européenne choisissent de faire application du droit français dans le cadre d'une stratégie européenne de front commun face aux GAFA. De façon peut-être plus réaliste, la solution française pourrait également être imitée au niveau intra-communautaire. Pour rappel, le concept de déséquilibre significatif est précisément d'origine communautaire ; en principe, il a donc été transposé dans les législations nationales des États membres qui, forts de la jurisprudence française, pourraient en suivre l'exemple.

Les dispositions du code de commerce pourraient également trouver à s'appliquer dans des domaines connexes. Les procédures arbitrales dont le siège se situe en France en fournissent un exemple.

2.2.L'impact collatéral de l'affaire *Expedia* sur l'arbitrage international

Si la nature de loi de police reconnue aux dispositions relatives au déséquilibre significatif dans les relations commerciales devait se confirmer, cela aurait des ramifications importantes vis-à-vis des procédures d'arbitrage international menées en France. Ces ramifications illustrent l'infiltration progressive de la notion dans les autres domaines du droit.

En premier lieu, le déséquilibre significatif serait amené à jouer un rôle dans la détermination de la validité d'une clause compromissoire, lorsque celle-ci serait contestée devant un tribunal étatique et non devant un tribunal arbitral. Ainsi, bien qu'une clause compromissoire semble sur le fond difficilement contestable devant un tribunal au motif qu'elle créerait un déséquilibre significatif pour l'une des parties⁽³⁶⁾, la faculté donnée aux autorités françaises d'engager des poursuites sur ce fondement subvertit la fonction des clauses d'arbitrage, qui visent à écarter la compétence des tribunaux étatiques. Le contentieux judiciaire constituerait en effet dans cette hypothèse une première étape procédurale que les parties, attirées devant les tribunaux malgré elles, devraient surmonter avant de saisir une instance arbitrale.

En droit, les tribunaux français ne peuvent prononcer la nullité d'une clause compromissoire (en amont de toute procédure arbitrale) que si une telle clause est « manifestement nulle ou manifestement inapplicable »⁽³⁷⁾. Il paraît difficile d'imaginer que le déséquilibre significatif puisse rendre une clause compromissoire « manifestement nulle », ne serait-ce que parce que l'appréciation du déséquilibre au sein d'un contrat au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est nécessairement plus approfondie que ce que permet le constat du caractère « manifestement » nul de la clause compromissoire. Toutefois, dans une affaire antérieure à *Expedia* impliquant des co-contractants français et suédois, le ministre de l'Économie avait tenté de faire reconnaître la nullité d'une clause compromissoire au titre de l'article L. 442-6, I, 2°. La cour d'appel avait ici répondu aux prétentions du ministre en affirmant que les parties ne faisaient que mettre en oeuvre leur droit de choisir librement le droit applicable à leur litige, conformément à la convention de Rome, excluant de ce fait toute nullité manifeste⁽³⁸⁾. Si cette décision traduit la difficulté à faire reconnaître au fond le caractère déséquilibré des droits et obligations des parties en raison de la seule présence d'une clause compromissoire, elle laisse entrevoir le pouvoir d'immixtion des autorités françaises dans des relations qui, par nature, ne relèvent pas de la sphère publique. Néanmoins, l'article L. 442-6, I, 2° peut également être perçu comme un complément ou un prolongement de la prohibition des clauses compromissoires dans les contrats de consommation, en particulier lorsqu'une telle clause viendrait à être stipulée entre un grand groupe et, par exemple, une petite ou moyenne entreprise.

De plus, comme l'a rappelé le tribunal de commerce de Paris dans l'affaire *Expedia*, le ministre de l'Économie, agissant en qualité de demandeur, exerçait une « action autonome » et ne pouvait « donc [pas] être lié par une clause d'attribution de compétence dont il n'est pas signataire et qui ne [pouvait] donc pas l'engager », précisant que « le ministre de l'Économie [n'avait] pas souscrit aux obligations de compétence desdits contrats »⁽³⁹⁾. Un arrêt du 6 juillet 2016 de la Cour de cassation, portant sur un litige impliquant encore une fois un GAFA, semblait ouvrir la voie à l'extension de la faculté d'intervention du ministre malgré la présence de clauses compromissoires⁽⁴⁰⁾. En l'espèce, la société Apple avait soulevé l'incompétence de la juridiction étatique sur le fondement de la clause compromissoire stipulée au contrat de distribution qu'elle avait conclu avec Orange. Le ministre de l'Économie avait assigné Apple sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce, malgré l'existence de la clause compromissoire. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir accueilli l'action du ministre, en affirmant que « l'article L. 442-6, III du code de commerce réserv[ant] au ministre chargé de l'Économie la faculté de saisir le juge pour faire cesser des pratiques illicites et prononcer des amendes civiles, l'arrêt [d'appel] énonce, à bon droit, que l'action ainsi attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet ; que, le ministre n'agissant ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci, la cour d'appel a caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la convention d'arbitrage du contrat de distribution ». Rien ne paraît s'opposer à ce que les tribunaux transposent le raisonnement de la Haute juridiction à l'article L. 442-6, I, 2°, *a fortiori* dans la mesure où le même raisonnement a été suivi pour écarter la clause d'élection de for dans *Expedia*.

Par ailleurs, le déséquilibre significatif pourrait également être amené à jouer un rôle au sein des procédures d'arbitrage elles-mêmes. Rien n'interdit en principe à un tribunal arbitral de remettre en cause une clause compromissoire sur ce fondement. Toutefois, il existe un doute quant à l'applicabilité systématique de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce en matière d'arbitrage international. Tandis que le rapport des clauses compromissoires aux dispositions d'ordre public est traditionnellement perçu comme conflictuel, le droit français comme les règles internes d'arbitrage étrangères permettent de soumettre ces dispositions à l'arbitrage⁽⁴¹⁾ et autorisent les arbitres à se prononcer sur des questions régulées par les règles d'ordre public, voire dans certains cas à écarter ces règles lorsqu'elles contredisent la volonté des parties ou lorsque l'expression de cette volonté fait défaut⁽⁴²⁾. Néanmoins, comme le souligne une partie de la doctrine, de la même façon qu'en arbitrage interne les règles d'ordre public doivent être respectées même contre la volonté des parties en ce qu'elles sont impératives, les lois de police sont les lois impératives au niveau international⁽⁴³⁾. De plus, le respect des lois de police d'un État peut se révéler pragmatiquement nécessaire en vue de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence dans cet État.

En tout état de cause, lorsque le siège de la procédure d'arbitrage international est situé en France, le choix du siège opéré par les parties implique le jeu des dispositions d'ordre public locales⁽⁴⁴⁾. Parce que les dispositions relatives au déséquilibre significatif témoignent sans ambiguïté de l'intention du législateur, il semble pour le moins improbable que des arbitres puissent refuser de faire application du déséquilibre significatif, ne serait-ce, encore une fois, que pour des motifs d'opportunité tenant à la nécessité d'obtenir l'exécution de la sentence en France.

Enfin, tandis qu'en général le droit interne interdit au juge français de réviser une sentence arbitrale et établit une liste de fondements relativement restrictive pour contester les sentences, la question se pose de savoir s'il est possible de considérer le déséquilibre significatif comme une exception d'ordre public international - fondement qui, de loin, est le plus problématique⁽⁴⁵⁾. L'ordre public international, concept distinct des lois de police⁽⁴⁶⁾, est défini comme « l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international »⁽⁴⁷⁾. Le tribunal, dans *Expedia*, a jugé que « l'article L. 442-6 [était], à l'évidence, un texte d'ordre public économique en droit français », tout en reconnaissant que « la portée de ces interdictions [était] très variable » et que « l'examen de ces dispositions montre qu'elles n'ont pas toutes, à l'évidence, la même portée pour la sauvegarde de l'organisation économique française »⁽⁴⁸⁾. Ainsi, la question de l'intégration du déséquilibre significatif dans l'ordre public international n'est pas résolue.

En l'absence d'une réponse claire apportée par la doctrine ou la jurisprudence, il faut garder à l'esprit que l'ordre public est limité dans le temps et l'espace, sujet aux évolutions des sociétés et des nations. L'ordre public international français est notablement différent aujourd'hui de ce qu'il était dans le passé, tant du point de vue des valeurs fondamentales qu'il véhicule que des théories avancées par la doctrine en matière d'arbitrage international⁽⁴⁹⁾.

Le législateur français a fait son choix, et à bon droit : le déséquilibre significatif est devenu une notion centrale du droit des contrats français, notion avec laquelle les acteurs du monde des affaires doivent désormais composer aux niveaux interne et international. Les tribunaux et les pouvoirs publics lui ont donné un rôle particulier : la régulation des modèles économiques dont les effets perturbent excessivement l'ordre public économique - un champ dans lequel les pratiques des GAFAs s'insèrent sans aucun doute. Comme l'a déclaré le tribunal de commerce de Paris dans l'affaire *Expedia*, les dispositions françaises relatives au déséquilibre significatif « traduit[ent] la volonté de rétablir un équilibre contractuel que le législateur estime menacé par l'évolution des pratiques commerciales, notamment du fait des concentrations nationales ou internationales de nombreux acteurs économiques »⁽⁵⁰⁾ - encore une fois, un champ qui s'applique particulièrement bien aux GAFAs, situés à la fois aux États-Unis et en Europe, notamment en Irlande. La cour d'appel de Paris ne contredit pas le jugement du tribunal sur ce point. Par ailleurs, et sans surprise, le ministère de la Justice souligne dans son rapport au président de la République⁽⁵¹⁾ que l'article 1171 nouveau du code civil, encadrant le déséquilibre significatif dans le droit commun des contrats, est d'ordre public⁽⁵²⁾. Ainsi, le déséquilibre significatif, dans ses nombreuses variantes, n'est pas seulement une disposition d'ordre public au niveau interne, qui ne peut être écartée en vertu de l'autonomie des volontés, mais aussi une loi de police, qui prime ou à tout le moins contrarie la liberté des acteurs du commerce international de choisir la loi, la juridiction et potentiellement le type de justice (étatique ou arbitrale) qu'ils jugent appropriés pour régir leurs relations. L'entrée en vigueur du RGPD et les modifications des pratiques commerciales des GAFAs qu'il entraîne permettront sans doute, à moyen terme, d'y voir plus clair quant à l'équilibre qui devra s'établir entre l'autonomie des volontés d'une part, et la protection de l'ordre public économique de l'autre.

Mots clés :

CONTRAT INTERNATIONAL * Déséquilibre significatif * Ordre public international * Loi de police * Clauses attributives de compétence * Arbitrage international

CONCURRENCE * Pratique restrictive * Déséquilibre significatif * Contrat international * Loi de police

(1) DGCCRF, communiqué de presse, « Pratiques commerciales des plateformes numériques : annonce des résultats d'une enquête d'envergure de la DGCCRF », 18 déc. 2017.

(2) DGCCRF, communiqué de presse, « Assignation de Google et Apple pour des pratiques commerciales » abusives, n° 391, 14 mars 2018.

(3) Et notamment de la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE, n° L. 95, 21 avr.

(4) C. consom., nouv. art. L. 212-1, anc. art. L. 132-1.

(5) C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

(6) C. civ., art. 1171.

(7) JO 11 févr.


(8) L'article 1171 du code civil a été modifié par l'article 7, 2° de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance.

(9) T. com. Paris, 13^e ch., 7 mai 2015, n° 2015000040, *Min. de l'Économie et de l'Industrie et du Numérique c. Expedia, Inc., Hotels.com LP et al.* (ci-après *Expedia*) ; Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784, AJ Contrat 2017. 388, obs. V. Pironon.

(10) D. Restrepo Amariles, E. Mouial Bassilana et M. Winkler, "*The Impact of the French Doctrine of Significant Imbalance on International Business Transactions*", *Journal of Business Law*, 2018, n° 2, p. 147.

(11) Google, Apple, Facebook, Amazon. Il n'est pas rare désormais d'évoquer les « GAFAM » afin d'intégrer Microsoft.

(12) Règl. UE n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE, n° L. 119, 4 mai.

(13) Sur la question, v. entre autres nombreux commentaires J.-L. Sauron, « Le RGPD : outil ou entrave à la société d'information ? », Dalloz IP/IT 2018. 17 .

(14) *Expedia*. Le tribunal relevait que « l'action du ministre, exercée en application de l'article L. 442-6 du code de commerce, est une action autonome et non engagée en substitution des sociétés signataires ;



Que le ministre de l'Économie ne peut donc être lié par une clause d'attribution de compétence dont il n'est pas signataire et qui ne peut donc pas l'engager ».

(15) Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784, préc.

(16) *Ibid.*, considérant « qu'en l'espèce le lieu où survient le dommage est, au vu de la localisation des hôtels signataires, la France ».

(17) Règl. CE n° 44/2001 du Conseil du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° L. 12, 16 janv. 2001. Ce règlement a été remplacé par le règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles I, JOUE, n° L. 351, 20 déc., quoique le tribunal, dans *Expedia*, ait fait une application correcte du règlement Bruxelles I dans la mesure où l'article 66 du règlement prévoit que le « présent règlement n'est applicable qu'aux actions judiciaires intentées, aux actes authentiques dressés ou enregistrés formellement et aux transactions judiciaires approuvées ou conclues à compter du 10 janvier 2015 ».









(18) V. *Expedia, supra*, le tribunal considérant « que l'on doit donc considérer que cette action autonome est une action ayant un caractère délictuel, le ministre de l'Économie n'ayant pas souscrit aux obligations de compétence desdits contrats ».

(19) V. Règl. Bruxelles I, art. 23, désormais art. 25. Lorsque les parties à un contrat international conviennent de juridictions d'un État membre de l'Union européenne, la convention prime les règles de compétence internes (Civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 06-10.946, *Nemrod Frankonia c/ Blaser Jagdwaffen*, D. 2007. 951, obs. E. Chevrier  ; RTD com. 2008. 210, obs. P. Delebecque , en rapport avec l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce).

(20) Règl. CE n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit Rome II, JOUE, n° L. 199, 31 juill.










(21) *Expedia*, où le tribunal relève notamment que « compte tenu de la portée extrêmement large de l'article L. 442-6 du code de commerce, l'interprétation du ministre de l'Économie conduirait, dès qu'il intervient, à priver de toute force juridique le règlement Rome I qui affirme très clairement dans son article 1, son application aux "obligations contractuelles" ». Autrement dit, alors que le tribunal fonde sa compétence territoriale sur le caractère délictuel du fondement de l'action du ministre, il fait application de Rome I (relatif aux obligations contractuelles) en lieu et place du règlement Rome II (relatif aux obligations non contractuelles et délictuelles). Le raisonnement du tribunal, quoique succint, repose d'une part sur l'idée que la jurisprudence communautaire a une définition suffisamment large des « obligations contractuelles » pour qu'il soit possible d'inclure le litige *Expedia*, d'autre part sur l'argument selon lequel l'application de Rome II priverait Rome I d'effet.


(22) Cette définition, prévue par l'article 9 § 1 du règlement Rome I, a été donnée par la Cour de justice. V. CJCE 23 nov. 1999, aff. C-396/96 et C-397/96, *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL et Bernard Leloup et al.*, Rec. CJCE I-8453, pt 30.

(23) Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784, préc., AJ Contrat 2017. 388, obs. V. Pironon  ; D. 2018. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke  ; *ibid.* 305, obs. X. D.  ; RTD com. 2017. 598, obs. M. Chagny  ; *ibid.* 599, obs. M. Chagny  ; *ibid.* 601, obs. M. Chagny  ; *ibid.* 603, obs. M. Chagny  ; *ibid.* 606, obs. M. Chagny .

(24) TGI Paris, 7 juin 2012, n° 10/10240. Il a pu être décidé que, bien que le contrat soit soumis à la loi néerlandaise, les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce étaient néanmoins des dispositions impératives constitutives de lois de police, « en ce qu'elles visent à faire respecter un ordre public économique » et devaient s'appliquer.

(25) C. com., art. L. 442-6, I, 5°.

(26) CJUE 14 juill. 2016, aff. C-196/15, *Granolo SpA c/ Ambroisi Emmi France SA*, AJ Contrat 2016. 442, obs. I. Luc  ; D. 2016. 1575  ; *ibid.* 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée  ; *ibid.* 2017. 881, obs. D. Ferrier  ; *ibid.* 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke  ; Rev. crit. DIP 2016. 703, note F.-X. Licari  ; RTD civ. 2016. 814, obs. L. Usunier  ; *ibid.* 837, obs. H. Barbier  ; RTD com. 2017. 231, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast .






(27) V. par ex. Com. 13 déc. 2011, n° 11-12.024, CCC 2012. Comm. 44, obs. N. Mathey ; D. 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke .

(28) Règl. 17 juin 2008, art. 9, § 3.

(29) B. Audit, "How Do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation?", *American Review of International Arbitration*, vol. 18, n° 1-2, 2007, p. 37, 47.

(30) Rép. internat., v° « Règlement Rome II : obligations non contractuelles », par O. Boskovic, n° 120.

(31) *Ibid.*

(32) CJUE 18 oct. 2016, aff. C-135/15, *Nikiforidis*, D. 2016. 2122  ; *ibid.* 2017. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke  ; *ibid.* 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée  ; Dr. soc. 2017. 196, étude L. Pailler  ; Rev. crit. DIP 2017. 238, note D. Bureau et H. Muir Watt .

(33) COM(2005) 605 final.

(34) *Nikiforidis*, pt 45.










(35) *Nikiforidis*, pt 55.

(36) Pour une illustration récente, V. Paris, 11 sept. 2018, n° 16/19913, AJ Contrat 2018. 491, obs. J. Jourdan-Marques.

(37) C. pr. civ., art. 1448 et 1506.

(38) Paris, 18 mars 2014, n° 12/13601, *Sarl Sept de Coeur c/ Sté Babyjorn AB*, inédit ; D. 2014. 2541, obs. T. Clay  ; RTD com. 2015. 57, obs. E. Loquin .

(39) *Expedia*.

(40) V. Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-21.811, D. 2016. 1910  , note J.-C. Roda  ; *ibid.* 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée  ; *ibid.* 2589, obs. T. Clay  ; *ibid.* 2484, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra  ; AJ Contrat 2016. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto  ; RTD civ. 2016. 837, obs. H. Barbier  ; *ibid.* 921, obs. P. Théry  ; RTD com. 2016. 695, obs. E. Loquin .

(41) V. J.-B. Racine, « Arbitrabilité et lois de police », *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2009, n° 6, p. 79.

(42) V. Rép. com., v° « Arbitrage International », par B. Moreau, n°s 352 s.

(43) Rép. internat, v° « Lois de police » par P. Mayer, n° 49.

(44) A. J. Belohlavek, "Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration : Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth", *ASA Bulletin*, vol. 31, 2013, n° 2, p. 262 ; V. égal. B. Moreau, préc.

(45) Les articles 1518 et suivants du code de procédure civile limitent tout recours en annulation à l'encontre d'une sentence arbitrale internationale prononcée en France ainsi qu'à une liste limitative de fondements, tels que l'incompétence du tribunal, la violation du principe de contradiction ou la

contrariété à l'ordre public internationale.

(46) V. Civ. 1^{re}, 21 oct. 2015, n° 14-20.924, reconnaissant que « les lois de police devaient être distinguées de l'ordre public international ».

(47) Paris, 14 juin 2001, n° 99I23515, *Cargill France c/. Tradigrain France SA*, Rev. arb. 2001. 773.

(48) *Expedia*.

(49) V. K.-H. Bockstiegel, "*Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement*", *Journal of Dispute Resolution*, 2008, numéro spécial "*The New York Convention - 50 Years*", 2008, p. 123, spéc. 124.

(50) *Expedia*.

(51) Dont on rappellera qu'il n'a certes pas de valeur normative mais pourra néanmoins influencer les décisions jurisprudentielles.

(52) Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Copyright 2018 - Dalloz – Tous droits réservés