

LA DÉCISION DU MOIS

La Cour de justice encadre la qualification de restriction par objet.

La Cour suprême hongroise a saisi la Cour de justice de questions portant sur le caractère anticoncurrentiel des commissions multilatérales d'échange (CMI) applicables aux systèmes de paiement Visa et Mastercard, qui rémunèrent les services rendus aux banques d'acquisition par les banques d'émission et de leur utilisation comme élément de coût des commissions de service facturées aux commerçants (CSC) par les banques d'acquisition. Elle s'interroge sur la possibilité d'une double qualification de restriction par objet et par effet de ces accords et sur leur caractère de restriction par objet.

Sur la première question, la Cour de justice souligne que la conjonction « ou » utilisée par l'article 101 TFUE, lorsqu'il évoque les accords et pratiques « qui ont pour objet ou pour effet » de restreindre la concurrence, n'est pas exclusive d'un cumul des qualifications, lorsque celui-ci s'avère opportun (V. not. CJCE, 1er oct. 1987, LawLex024043 ; 9 juill. 2015, LawLex15896). En revanche, elle précise que dans une telle hypothèse, l'autorité ou la juridiction en cause demeure tenue d'étayer ses constatations à ces fins par les preuves nécessaires et de préciser dans quelle mesure celles-ci se rapportent à l'un ou à l'autre de ces types de restriction.

Sur la qualification d'un accord interbancaire qui détermine un montant fixe de commission d'interchange, la Cour réaffirme sa volonté de ne pas étendre démesurément la notion de restriction par objet (V. déjà CJUE, 11 sept. 2014, LawLex14874 ; 30 janv. 2020, LawLex20132). Sans prendre formellement position, en l'absence d'éléments suffisants, la Cour relève

une série de facteurs susceptibles d'écartier la qualification de restriction par objet, sous réserve de confirmation à l'issue d'un examen plus approfondi par le juge national.

En premier lieu, elle observe que l'accord CMI ne fixe pas directement les prix d'achat ou de vente, que l'on se place du côté de la concurrence entre les deux systèmes de paiement ou de celui de la concurrence entre les banques d'acquisition en ce qui concerne les CSC, mais uniformise un aspect du coût auquel font face les banques d'acquisition au profit des banques d'émission, même s'il peut concourir indirectement à la fixation du montant des CSC. Accessoirement, la Cour note qu'au cours de la période infractionnelle, les niveaux des CMI ont diminué à plusieurs reprises.

La qualification de restriction par objet doit être fondée sur une expérience « suffisamment solide et fiable », « générale et constante ».

Ensuite, dans le cadre d'un marché biface comme celui des systèmes de paiement par carte, la constatation d'une restriction par objet implique d'analyser les exigences d'équilibre entre les activités d'émission et d'acquisition. Or, certains éléments du dossier tendraient à indiquer que l'un des objectifs de l'accord CMI était précisément d'assurer un tel équilibre, comme l'illustre le fait que plutôt que d'imposer un niveau minimal de commission, l'accord a déterminé un montant fixe et le fait que les parties à l'accord pouvaient avoir la double qualité de banques d'émission et d'acquisition. En outre, en neutralisant la concurrence entre les deux systèmes de paiement par carte en ce qui concerne l'aspect du coût que représentent les commis-

sions d'interchange, l'accord CMI a pu avoir pour conséquence d'intensifier la concurrence entre ces systèmes à d'autres égards, comme les conditions de transaction et le prix des produits.

La Cour souligne également que la qualification de restriction par objet doit reposer sur une expérience « *suffisamment solide et fiable* ». Elle se place ainsi en retrait par rapport aux arrêts du Tribunal qui ont estimé que le manque d'expérience s'agissant de pratiques « nouvelles » pouvait être suppléé par une analyse contextuelle approfondie (V. not. TUE, 8 sept. 2016, LawLex161393). En l'occurrence, elle estime qu'il n'existe pas d'expérience « *suffisamment générale et constante* » pour que le type d'accord en cause puisse être considéré suffisamment nocif pour se dispenser de tout examen de ses effets sur le jeu de la concurrence. Enfin, la Cour invite le juge national à vérifier les allégations de certaines banques selon lesquelles l'accord CMI a permis de limiter le niveau des commissions d'interchange. En effet, s'il devait exister des indications sérieuses que, faute d'accord, une pression à la hausse sur les commissions d'interchange aurait été constatée, le caractère de restriction par objet de l'accord ne pourrait être retenu.

ENTENTES

Cour de justice de l'Union européenne
2 avril 2020
LawLex20375

★★★



Les victimes par ricochet d'une rupture brutale de relation commerciale établie ne peuvent agir que sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun, en l'absence de relations directes avec l'auteur de la rupture.

Fin 2002, deux sociétés allemandes ont noué des relations commerciales avec une société bretonne en vue de la commercialisation en Allemagne des produits fabriqués par les deux filiales de cette dernière. Fin 2015, les commandes ont définitivement cessé. La société mère bretonne a alors assigné distributeurs en rupture brutale des relations commerciales établies. Ses deux filiales sont intervenues à l'instance pour demander la réparation du préjudice que leur cause la rupture entre les sociétés allemandes et leur société mère. Les premiers juges les ont déboutées en considérant que la rupture était justifiée par la diminution de la demande des produits en cause, liée à des incidents sanitaires. La cour d'appel a infirmé le jugement en soulignant que la baisse de commandes dont se prévalait l'auteur de la rupture ne doit pas être ponctuelle mais pérenne et que, même prévisible, une rupture n'en est pas moins brutale lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'un préavis écrit. Elle a par conséquent déclaré la rupture brutale et indemnisé le préjudice des trois sociétés du groupe fournisseur (Paris, 30 mai 2018, LawLex18845JBJ). Les sociétés allemandes ont formé un pourvoi contre cette décision.

Elles font valoir, notamment, que seul le partenaire commercial direct de

l'auteur de la rupture peut former une demande sur le fondement de la responsabilité délictuelle spéciale prévue à l'actuel article L. 442-1, II du Code de commerce. Elles reprochent ainsi à la cour d'appel d'avoir fait droit à la demande des filiales fondée exclusivement sur l'article L. 442-1, II, alors que, selon elles, un tiers à la relation ne peut demander réparation du préjudice subi du fait de la rupture que sur le fondement de la responsabilité délictuelle de droit commun.

Conformément à la solution retenue dans un précédent arrêt (Cass. com., 6 sept. 2011, LawLex111450), la Cour de cassation rappelle que « [s]eule la partie qui entretient directement une relation commerciale établie avec l'autre partie pouvant, sur le fondement de [l'article L. 442-1, II du Code de commerce], rechercher la responsabilité de cette dernière dans le cas où elle aurait, brutalement et sans préavis écrit, rompu cette relation, même partiellement, les tiers ne peuvent demander l'indemnisation du préjudice personnel que leur cause une telle rupture que sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle ». Or, en l'occurrence, la cour d'appel avait fait droit à la demande d'indemnisation des filiales sur le fondement de l'article L. 442-1, II, alors qu'elle avait relevé que

celles-ci n'entretenaient pas directement de relation commerciale avec les sociétés allemandes.

Plus que jamais, la présente décision rappelle que l'application de l'article L. 442-1, II est limitée aux relations directes, même si le texte lui-même ne pose pas expressément cette condition (V. rejetant l'action de l'actionnaire majoritaire de la société victime, Paris, 24 oct. 2016, LawLex161899 ; ou celle du tiers à un contrat de distribution, même s'il en assure de facto l'exécution sur une partie du territoire concédé, Paris, 20 nov. 2019, LawLex191409). Les tiers ne sont toutefois pas dépourvus de recours, pour autant qu'ils se fondent sur les dispositions de l'article 1240 du Code civil. Si le fondement de l'action change, la jurisprudence la plus récente ne les dispense cependant pas de démontrer l'existence d'une rupture brutale (Paris, 27 févr. 2020, LawLex20285) ou au moins fautive (Paris, 20 nov. 2019, préc.).

RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES

Cour de cassation
Chambre commerciale
18 mars 2020
LawLex20366



Le PMU sanctionné pour non-respect de son engagement de séparer ses masses d'enjeux en ligne et en dur.

En 2012, la société Betclac a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques abusives mises en œuvre par le GIE Pari Mutuel Urbain (PMU) dans le secteur des paris hippiques en ligne. La plainte intervenait dans le contexte de la libéralisation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne par la loi du 12 mai 2010, qui a permis au PMU de conserver son monopole sur les paris hippiques « en dur », c'est-à-dire enregistrés au sein de son réseau de points de vente. À l'issue de l'évaluation préliminaire, il est apparu que le PMU, en situation de monopole sur le marché des paris hippiques « en dur » et en situation de concurrence sur celui des paris hippiques en ligne, mutualisait dans une masse unique, pour chaque pari et chaque course, les mises passées en ligne avec celle enregistrées « en dur », de telle sorte que les mises « en dur », dix fois supérieures à celles en ligne, décuplaient la masse d'enjeux sur son site internet par rapport à celle dont il aurait disposé avec ses seules mises en ligne. La pratique de mutualisation des masses d'enjeux étant susceptible d'être abusive, dès lors que le PMU utilisait les ressources de son monopole légal pour renforcer son offre sur un marché concurrentiel, l'opérateur a soumis à l'Autorité des engagements, qui consistaient principalement à séparer ses masses d'enjeux en dur et en ligne, que celle-ci a

rendus obligatoires par la décision n°14-D-04 du 25 février 2014 (LawLex14341). En décembre 2017, les sociétés Betclac Entreprises Limited et Zeturf France LTD ont dénoncé à l'Autorité un non-respect de cet engagement s'agissant de paris portant sur certaines courses étrangères dans le cadre de cinq partenariats de masse commune conclus par le PMU avec des opérateurs étrangers.

Concernant la portée de son engagement, le PMU faisait valoir en l'espèce qu'une interprétation stricte des engagements devrait bénéficier à celui qui s'est engagé. De plus, le respect d'un engagement s'apprécierait tout autant compte tenu du respect formel de l'engagement que de ses finalités. L'Autorité considère au contraire que « l'examen du respect des engagements est centré dans un premier temps et à titre principal sur le respect formel des engagements » et que « l'interprétation stricte des engagements s'appuie à cet égard sur une analyse rigoureuse des termes utilisés dans le libellé de l'engagement ». En l'espèce, la lettre de l'engagement ne distingue pas selon le type de courses. Dès lors, l'engagement de séparation des masses d'enjeux collectés en France par le PMU porte tant sur les courses étrangères en masse commune que sur toutes les autres courses. Cette interprétation est partagée par l'ARJEL, devenue l'Autorité nationale des jeux.

L'Autorité ajoute que, contrairement aux allégations du PMU, il n'est pas établi que le mandataire chargé du suivi des engagements ait été consulté par le PMU sur la problématique des courses étrangères en masse commune. La mutualisation des masses sur les courses étrangères existait avant la décision n° 14-D-04 et a continué après la séparation effective des masses, le 31 décembre 2015. Le PMU a donc enfreint cet engagement depuis cette date et encore actuellement. Selon l'Autorité, cette pratique est grave en elle-même, et d'autant plus que la prise d'engagements a lieu à l'initiative de la partie mise en cause. En outre, le manquement porte sur l'engagement qui est au cœur du dispositif visant à empêcher le PMU de faire bénéficier le site pmu.fr de l'importance des masses d'enjeux collectés dans son réseau de points de vente physiques. Toutefois, les courses étrangères en masse commune ne constituant qu'une partie très limitée de l'activité de paris hippiques du PMU, l'Autorité a décidé de ne condamner l'opérateur qu'à hauteur de 900 000 euro.

NON-RESPECT D'ENGAGEMENTS

Autorité de la concurrence
7 avril 2020
LawLex20384





L'AdIC ordonne des mesures conservatoires à l'encontre de Google dont les pratiques, susceptibles d'être qualifiées d'abusives à plusieurs titres, portent atteinte au secteur de la presse.

En novembre 2019, plusieurs syndicats représentant les éditeurs de presse ainsi que l'Agence France-Presse ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par Google dans le cadre de l'application de la loi du 24 juillet 2019 sur les droits voisins (la Loi). Ce texte, qui transpose en droit interne la directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur, instaure un nouveau droit voisin au profit des agences et éditeurs de presse afin de leur permettre de mieux protéger leurs contenus. Il vise en particulier à rééquilibrer le rapport de force existant entre plateformes numériques et opérateurs de presse par une redéfinition du partage de la valeur en faveur de ces derniers. Cependant, Google a annoncé unilatéralement, au motif d'appliquer la Loi, qu'à compter de son entrée en vigueur, il n'afficherait plus au sein de ses différents services (Google Search, Google Actualités et Google Discover), les contenus protégés (extraits d'articles, photographies et vidéos) des opérateurs de presse, à moins que ces derniers ne l'y autorisent gratuitement. Il leur a par ailleurs fait savoir qu'il ne rémunérerait plus la reprise de leurs contenus protégés. Placés devant le choix de perdre potentiellement du trafic et des revenus au profit de leurs concurrents qui concèderaient à Google une licence gratuite, ou de les conserver sous cette condition, la plupart des éditeurs ont accepté, sans négociation, ni rémunération, de consentir à Google des licences pour l'utilisation

et l'affichage de leurs contenus protégés, se voyant même imposer par la plateforme la reprise de davantage de contenus qu'avant l'adoption de la Loi. En plus de leurs saisines au fond, les opérateurs de presse ont sollicité de l'Autorité l'octroi de mesures conservatoires visant à enjoindre à Google d'entrer de bonne foi en négociation avec eux.

Après avoir retenu que Google, avec une part de marché de 90 %, était susceptible de détenir une position dominante « extraordinaire » sur le marché français des services de recherche généraliste, l'Autorité relève trois types de pratiques susceptibles d'être abusives : 1°) Google pourrait avoir imposé aux opérateurs de presse des conditions de transaction inéquitable en évitant toute forme de négociation et de rémunération pour la reprise et l'affichage de leurs contenus protégés au titre des droits voisins ; 2°) Google pourrait avoir mis en œuvre une pratique discriminatoire en traitant de façon identique des opérateurs placés dans des situations différentes, sans justification objective ; 3°) Google pourrait avoir abusé de sa position dominante en contournant la loi sur les droits voisins. Sans violer formellement la Loi, Google pourrait en effet avoir contrevenu à son esprit, en ayant notamment utilisé la possibilité laissée aux opérateurs de presse de consentir des licences gratuites pour leur imposer, systématiquement et sans négociation, un principe de non-rémunération pour l'affichage de leurs contenus protégés sur

ses services ainsi que des conditions de transaction plus défavorables qu'avant l'entrée en vigueur de la Loi. Alors que la crise majeure qui affecte la presse papier contraint les éditeurs et les agences à développer leurs activités numériques pour assurer leur pérennité, l'Autorité considère que Google porte une atteinte grave et immédiate au secteur de la presse en les privant d'une ressource vitale, au moment crucial de l'entrée en vigueur de la Loi. Elle prononce par conséquent des mesures conservatoires qui leur permettent, s'ils le désirent d'entrer en négociation de bonne foi avec Google pour convenir des modalités d'une reprise de leurs contenus protégés et de leur rémunération. Pendant la période de négociation, l'affichage desdits contenus devra être maintenu par Google. Ces mesures resteront en vigueur jusqu'à la publication de la décision au fond, sachant que durant cette période, Google devra adresser à l'AdIC des rapports réguliers sur les modalités de mise en œuvre de sa décision.

MESURES CONSERVATOIRES

Autorité de la concurrence

9 avril 2020

LawLex20386



Une première pour le Conseil d'Etat : une entreprise qui n'a pas soumissionné peut être condamnée solidairement avec d'autres à réparer le préjudice de la collectivité.

Ces trois affaires mettent une nouvelle fois en cause le cartel de la signalisation routière, sanctionné dix ans auparavant par l'Autorité de la concurrence (Aut. conc., 22 déc. 2010, LawLex101481). A la suite de la décision, deux départements ont saisi le juge administratif d'actions en réparation contre les entreprises concernées. Alors que les ententes dénoncées concernaient trois marchés, conclus en 1999, 2002 et 2005, deux de ces actions étaient dirigées contre des entreprises qui n'avaient soumissionné qu'au marché de 2002. Celles-ci faisaient donc valoir qu'en l'absence de contrat administratif conclu par elles en 1999 et 2005, le juge administratif n'était pas compétent pour connaître de l'action et qu'au fond, le grief était mal fondé.

A ces deux questions inédites, le Conseil d'Etat apporte une réponse ferme, qu'éclairent les conclusions du rapporteur public. Sur sa compétence, la Haute juridiction souligne que « lorsqu'une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché,

et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire ». Le fondement délictuel de l'action permet ainsi de contourner l'obstacle de l'absence de conclusion d'un contrat administratif par une entreprise qui, sans soumissionner, a participé à l'entente.

Sur le bien-fondé de l'action, la Haute juridiction relève que le comportement fautif des deux entreprises en cause était en lien direct avec le surcoût supporté par les départements concernés lors de l'exécution des marchés passés en 1999, 2002 et 2005. Dès lors, leur responsabilité solidaire était engagée, alors même qu'elles n'avaient présenté qu'une offre en 2002 et aucune en 1999 et 2005. En effet, le fait de ne pas candidater ou de candidater pour la forme, combiné avec le comportement de l'entreprise candidate et attributaire, constitue bien la source du préjudice de la collectivité. Bien que non reprises par le Conseil, les conclusions du rapporteur ouvrent une porte de sortie aux entreprises non-attributaires : si celles-ci parviennent à démontrer que leur participation à l'entente a été discontinuée et qu'elles n'en étaient pas membres au moment où le contrat a été conclu, elles pourraient être soustraites à toute condamnation solidaire avec les autres.

Sur l'évaluation du préjudice, ces trois

arrêts marquent une nouvelle fois la nette préférence du juge administratif pour la méthode « avant-après ». Le surprix a été calculé par comparaison des prix pratiqués au cours de l'entente avec ceux observés après son démantèlement, en tenant compte des causes exogènes susceptibles d'expliquer une baisse des prix, comme la diminution du coût des matières premières. Ont en revanche été écartés les arguments tenant à l'augmentation de la pondération du critère du prix ou à une prétendue réduction des marges bénéficiaires des entreprises soumissionnaires dans les marchés ultérieurs.

Enfin, il confirme que la prescription ne peut commencer à courir qu'à compter de la date où la collectivité acquiert une connaissance suffisamment certaine de l'étendue des pratiques, c'est-à-dire, en l'espèce, à compter de la décision de l'Autorité de la concurrence (V. déjà, Cons. d'Et., 22 nov. 2019, LawLex191447).

SANCTIONS CIVILES

Conseil d'Etat

27 mars 2020 (3 affaires)

LawLex20377, LawLex20378,

LawLex20383





Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise actuelle

Depuis le début de la crise du coronavirus, deux concepts juridiques n'ont jamais eu autant de succès en doctrine et en pratique que la force majeure et l'imprévision. Nous avons déjà analysé dans notre Conseil du mois de mars les potentialités et les limites de la force majeure. Reste l'imprévision. Il peut s'agir d'un instrument utile pour tenter de renégocier les contrats dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse. Depuis la réforme du droit des contrats, applicable aux contrats conclus à compter du 1er octobre 2016, notre droit prévoit en effet que : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». En même temps, la partie à laquelle l'imprévision est opposée au motif qu'elle s'attendait à une exécution du contrat dans les termes prévus, ou parce que les parties l'ont écartée expressément ou encore que le contrat comporte de manière expresse ou tacite une part d'aléa accepté qui doit l'exclure. Les positions peuvent donc diverger sensiblement, ce qui implique d'étayer l'argumentation soutenue de part et d'autre. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, il existe déjà une jurisprudence fournie et très instructive sur la portée et les limites de l'imprévision, qui en fait un instrument exclu dans de nombreux cas et en tout état de cause strictement encadré, que tenants et opposants de l'imprévision se doivent de connaître parfaitement.

1. Tenir compte impérativement des règles de droit transitoire dans l'invocation ou le refus de l'imprévision dans chaque cas.

L'imprévision n'a été intégrée dans notre droit des contrats que par la réforme du droit des contrats qui ne s'applique qu'aux accords conclus à compter du 1er octobre 2016 et est en principe non rétroactive. De façon générale, la jurisprudence se refuse à appliquer la réforme à des contrats conclus avant son entrée en vigueur. Cependant, 8 arrêts de la Cour de cassation ont appliqué l'esprit de la réforme en se fondant sur l'évolution du droit des obligations (Cass. 3e civ., 4 mai 2016, 15-12.454 ; Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, 15-20.411 ; Cass. 1re civ., 20 sept. 2017, 16-12.906 ; Cass. soc., 21 sept. 2017, 16-20.103 et 16-20.104 ; Cass. com., 6 déc. 2017, 16-19.615 ; Cass. com., 7 févr. 2018, 16-20.352 ; Cass. ch. mixte, 13 avr. 2018, 16-21.345). Certains auteurs ont souhaité que l'imprévision fasse partie de cette application anticipée de la réforme. Cependant, depuis décembre 2018, la Cour de cassation semble avoir renoncé à appliquer la réforme des contrats par anticipation (Cass. 3e civ., 6 déc. 2018, 17-23.321 ; 17-21.170 et 17-21.171)

et, jusqu'à présent, la jurisprudence refuse l'imprévision à des faits antérieurs, sans doute en raison du bouleversement des prévisions des parties qu'une telle application anticipée impliquerait, même sous couvert d'interprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau (Aix, 21 juin 2016, 15/10056 ; Paris, 9 mai 2019, 17/04789 ; Montpellier, 17 déc. 2019, 17/02416). Seule l'invocation de l'obligation de bonne foi, mais il est généralement admis que l'on ne saurait créer une obligation sur le fondement de la bonne foi, ou encore l'argument selon lequel la Cour de cassation devrait interpréter le droit ancien à la lumière du droit nouveau, s'agissant spécifiquement de l'imprévision dans le contexte de la crise actuelle, comme le suggère une partie de la doctrine, permettraient d'appliquer la loi à des faits antérieurs.

2. Ne pas faire l'impasse sur l'exclusion légale en matière d'obligations résultant d'opérations sur les titres et les contrats financiers.

Le nouvel article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier, qui s'applique aux contrats conclus à compter du 1er octobre 2018, dispose que « l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers ». Cette exclusion issue de la loi de ratification de l'ordonnance vise à rassurer les milieux financiers et garantir l'attractivité de la place de Paris. Elle jouera en particulier pour les cessions d'actions et parts sociales émises par les SARL, les SNC, les sociétés civiles, etc., sauf à ce que les parties aient prévu une clause d'exclusion de l'imprévision.

3. Vérifier si le contrat ne contient pas une clause d'exclusion expresse.

L'article 1195 exclut de son champ d'application les contrats dans lesquels les parties ont accepté d'assumer le risque d'un changement de circonstances imprévisibles. Le texte est supplétif et les parties peuvent stipuler une clause contraire, écartant ou limitant le recours à l'imprévision, fréquente dans les contrats d'affaires. Encore faut-il que cette exclusion soit valable. Elle pourra être contestée si elle est unilatérale, c'est-à-dire convenue au bénéfice exclusif de l'une des parties, sauf si une raison objective justifie ce caractère unilatéral. Une clause unilatérale pourra être contestée le cas échéant sur le fondement : de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce depuis sa rédaction large résultant de l'ordonnance du 24 avril 2019 pour les contrats conclus depuis le 26 avril 2019 (ou pour les contrats conclus avant le 26 avril 2019, soit en pratique pour les contrats conclus entre le 1er octobre 2016 et le 25 avril 2019, de l'ancien article L. 442-6, I, 2°) sur la soumission à des obligations déséquilibrées ; de l'article L. 442-1, I, 1° dans sa rédaction large issue de l'ordonnance du 24 avril 2019 pour les contrats conclus depuis le 26 avril 2019 (ou pour les contrats conclus avant le 26 avril 2019, soit en pratique pour les contrats conclus entre le 1er octobre 2016 et le 25 avril 2019, de l'ancien article L. 442-6, I, 1° sur l'obtention d'un avantage excessif) ; du droit commun de l'article 1171 du Code civil pour les contrats conclus à compter du 1er octobre 2016 ; ou encore du droit

de la consommation sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

4. Ne pas oublier que la nature du contrat peut également générer une acceptation du risque d'imprévision.

Bien que rendu dans une affaire dans laquelle l'article 1195 n'était pas applicable *ratione temporis*, la Cour d'appel de Paris a estimé dans un arrêt du 16 février 2018 (16/08968) que les contrats aléatoires tels que les contrats SWAP sont exclus du champ d'application du texte car il convient de considérer que le cocontractant avait accepté les risques inhérents au contrat. Dans un arrêt du 28 novembre 2019 (17/00780), la Cour d'appel de Douai a jugé qu'en acceptant de prévoir un prix fixe du beurre, sachant que le marché du beurre était instable et volatile, le cocontractant a pris le risque que les circonstances économiques évoluent dans un sens qui lui est défavorable et n'était pas fondé à exiger une renégociation du contrat. De même, la Cour d'appel de Douai (23 janv. 2020, 19/01718) a récemment jugé que l'existence d'un marché à forfait tel que défini à l'article 1793 du Code civil excluait une révision sur le fondement de l'imprévision.

5. Etre conscient des conditions d'application strictes à remplir pour invoquer l'imprévision.

Outre la non-acceptation du risque évoqué, l'invocation de l'imprévision implique de démontrer un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat et une exécution excessivement onéreuse pour une partie. En particulier, le caractère imprévisible est susceptible de conduire aux mêmes difficultés qu'en cas de force majeure, la jurisprudence dans ce domaine pouvant servir de guide d'analyse en matière d'imprévision. L'exécution excessivement onéreuse pour une partie devra faire l'objet d'une démonstration ou d'une réfutation rigoureuse.

6. Tenir compte aussi du mécanisme d'escalation contraignant de l'imprévision.

Si sur le fond, l'imprévision est plus facile à démontrer que la force majeure, elle présente certains désavantages importants du point de vue procédural car elle implique de continuer d'exécuter le contrat et une longueur de la procédure souvent incompatible avec le temps des affaires. Les étapes peuvent être chronophages : entrée en renégociation, négociation d'une résolution, procédure judiciaire d'adaptation du contrat, le juge, disposant de pouvoirs très importants qui lui permettent, en cas de défaut d'accord dans un délai raisonnable, à la demande d'une partie, de réviser le contrat ou d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. Enfin, il ne faudra pas oublier de vérifier si le contrat n'a pas prévu des clauses particulières aménageant les conditions d'application de l'imprévision ou sa procédure de mise en œuvre, et notamment une clause de conciliation préalable obligatoire qui devra être impérativement respectée sous peine d'irrecevabilité.