



HAL
open science

Clauses et pratiques restrictives de concurrence

Aurelien Fortunato

► **To cite this version:**

Aurelien Fortunato. Clauses et pratiques restrictives de concurrence. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2016. Français. NNT : 2016LIL20009 . tel-01445943

HAL Id: tel-01445943

<https://theses.hal.science/tel-01445943v1>

Submitted on 25 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CLAUSES ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

Thèse pour le doctorat en droit

Présentée et soutenue publiquement le 29 juin 2016

par

Aurélien FORTUNATO

MEMBRES DU JURY :

Directeur de recherches :

M. Denis VOINOT

Professeur à l'Université de Lille 2

Suffragants et rapporteurs :

M. Philippe BRUN

Professeur à l'Université Savoie-Mont-Blanc

Mme Muriel CHAGNY

Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

M. Gaël CHANTEPIE

Professeur à l'Université de Lille 2

M. Didier FERRIER

Professeur émérite de l'Université de Montpellier

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions qui peuvent être émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je remercie le Professeur Denis Voinot d'avoir dirigé les recherches qui ont conduit à cette thèse. Sa disponibilité, son implication, ses remarques et ses conseils ont été particulièrement précieux tout au long de ce travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.

Adde : ajouter

aff. : affaire

AJCA : Actualité juridique Contrats d'affaires – concurrence – distribution.

AJDA : Actualité juridique. Droit administratif

AJDI : Actualité juridique. Droit immobilier

al. : alinéa.

ALD : Actualité législative Dalloz

anc. ancien

art. : article

Aut. Conc. : Autorité de la concurrence

Arch. Phil. Droit : Archives de philosophie du droit

Bibl. dr. privé : Bibliothèque de droit privé

Bull. Ass. Plen. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)

Bull. Joly : Bulletin Joly Sociétés

C. ass. : Code des assurances.

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

C. conso. : Code de la consommation

C. mon. fin. : Code monétaire et financier.

C. pr. civ. : Code de procédure civile

CA : Cour d'appel

Cah. Dr. ent. : Cahiers de droit de l'entreprise.

Cass. ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 1^{ère} : Première Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 2^{ème} : Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 3^{ème} : Troisième Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation

Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

CE : Conseil d'état

CEPC : Commission d'examen des pratiques commerciales

ch. : chambre

Chr. : chronique

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

coll. : collection

CCE : Revue communication commerce électronique

comm. : commentaire

comp. : comparer

Cons. conc. : Conseil de la concurrence.

Cons. const. : Conseil constitutionnel

CCC : Revue Contrats concurrence consommation

Concurrences : Revue des droits de la concurrence (Institut de droit de la concurrence)

Contra : en sens contraire

D. : Recueil Dalloz

D. Aff. : Dalloz Affaires

dactyl. : dactylographié.

dir. : direction

Doctr. : Doctrine

Dr. et patr. : Revue droit et patrimoine

éd. : édition

Europe : Revue Europe.

ex. : exemple

fasc. : fascicule

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

Ibidem : au même endroit

In : dans

Infra : ci-dessous

JCL Conc. conso. : Juris-Classeur concurrence-consommation

JCP G : Juris-Classeur Périodique, édition générale

JCP E : Juris-Classeur Périodique : édition entreprise et affaires

JO : Journal officiel de la République française

JOCE : Journal officiel des Communautés européennes

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

loc.cit. : *loco citato*, passage cité

n° : numéro

not. : notamment

obs. : observations

op. cit. : *opere citato*, ouvrage cité

ord. : ordonnance

p. : page

P. Aff. : Les Petites Affiches

préc. : précité

préf. : préface

Propr. Ind. : Revue propriété intellectuelle.

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

Rapp. : Rapport

rappr. : rapprocher de

RCA : Revue responsabilité civile et assurance

RDC : revue des contrats

RDI : Revue de droit immobilier

Rec. : Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne

Rééd. : réédition

Rev. conc. conso. : Revue de la concurrence et de la consommation.

Rev. trav. : Revue de droit du travail

Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives

Rev. soc. : Revue des sociétés

RID Comp. : Revue internationale de droit comparé

RID éco. : Revue internationale de droit économique

RIEJ : Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJ Com. : Revue de jurisprudence commerciale
RLC : Revue Lamy de la Concurrence
RLDA : Revus Lamy droit des affaires
RLDC : Revue Lamy Droit civil
RLDI : Revue Lamy Droit de l'Immatériel
RRJ : Revue de la Recherche juridique, droit prospectif
RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur. : Revue trimestrielle de droit européen

s. : suivant[e](s)
spéc. : spécialement
supra : ci-dessus

t. : tome
T. com. : tribunal de commerce
TGI : tribunal de grande instance
th. : thèse
TI : tribunal d'instance

v. : voir
V° : *Verbo*, mot
vol. : volume

REGLES DE CITATION.

Les références complètes d'un ouvrage ou d'un article sont précisées lors de sa première citation dans chaque chapitre. En cas de référence ultérieure, au sein du même chapitre, au même ouvrage ou au même article, celui-ci n'est indiqué que par le nom de son auteur, et, éventuellement par son titre, notamment lorsque plusieurs travaux d'un même auteur ont été cités dans le chapitre. Des règles similaires sont employées pour la citation des références jurisprudentielles.

SOMMAIRE.

PREMIERE PARTIE : LA QUALIFICATION D'UNE CLAUSE EN PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE.

TITRE PREMIER : CLAUSES ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE, ENTRE DISTINCTION ET ASSIMILATION.

Chapitre 1 – La distinction des clauses et des pratiques.

Chapitre 2 – L'assimilation de clauses à des pratiques.

TITRE DEUXIEME : LA RECHERCHE DU CRITERE DE QUALIFICATION D'UNE CLAUSE EN PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE.

Chapitre 1 – Le dépassement du critère de la dépendance économique.

Chapitre 2 – La consécration du critère du fait juridique dans l'acte juridique.

DEUXIEME PARTIE : LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.

TITRE PREMIER : L'AMBIVALENCE DE LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.

Chapitre 1 – Le régime des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence comme reflet de l'ambivalence du droit des pratiques restrictives de concurrence.

Chapitre 2 – Le résultat de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence comme reflet de l'ambivalence du droit des pratiques restrictives de concurrence.

TITRE DEUXIEME : LA SORTIE DE L'AMBIVALENCE DE LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.

Chapitre 1 – Le mécanisme d'une meilleure intégration législative.

Chapitre 2 – Le contenu d'une meilleure intégration législative.

AVERTISSEMENT.

L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations entre en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Elle a pour effet une renumérotation des dispositions du Code civil relatives au droit des obligations.

L'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation entre en vigueur le 1^{er} juillet 2016. Elle a pour effet une renumérotation des dispositions législatives du Code de la consommation.

Sauf exception, pour anticiper leur entrée en vigueur, les numérotations nouvelles seront utilisées dans le cadre de la présente étude, accompagnées d'une référence aux anciennes.

INTRODUCTION.

1. Essor des pratiques prohibées par le droit des pratiques restrictives de concurrence. Moraliser les pratiques, moderniser les relations commerciales, tels ont pu être certains des objectifs du législateur, lors de ses interventions dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence¹. Alors que les pratiques prohibées, car anticoncurrentielles, ont assez peu évolué depuis une trentaine d'années², le nombre de celles considérées comme restrictives de concurrence n'a eu de cesse de croître dans les relations commerciales entre professionnels³. Au fil de cet essor, la lecture du droit français des pratiques restrictives de concurrence, situé dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce, met en évidence que ce droit interdit des pratiques, y compris lorsqu'elles prennent la forme de clauses contractuelles⁴, situées, par exemple, dans des contrats conclus entre fournisseurs et distributeurs. Ce droit est incontestablement marqué par une assimilation de clauses à des pratiques restrictives de concurrence. Cette assimilation n'allait pourtant pas de soi, les deux notions étant *a priori* bien distinctes⁵, le droit semblant avoir toujours pris soin de ne pas les confondre. L'assimilation qu'opère la matière invite alors à se poser la question de l'appréhension de ces clauses contractuelles en tant que pratiques restrictives de concurrence. Au-delà, il s'agit de s'interroger sur les rapports entre le droit des contrats et le droit des pratiques restrictives de

¹ V. pour ces deux objectifs, loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, spéc. Titre 1^{er} de la deuxième partie ; loi n°2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, spéc. Titre 1^{er}.

² Cf. art. 7 et 8 de l'ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, qui prohibaient les ententes et les abus de domination, et qui ont été complétés d'une pratique supplémentaire, celle consistant à pratiquer des prix abusivement bas, introduite par la loi n°96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

³ A l'issue de l'ord. n°86-1243, il est possible de comptabiliser quatre pratiques restrictives de concurrence sanctionnées par la responsabilité civile de leur auteur, et deux pratiques pénalement sanctionnées, alors qu'aujourd'hui, il est possible d'en comptabiliser plus d'une vingtaine, entre celles qui sont sanctionnées pénalement, celles qui sont sanctionnées par la responsabilité civile de leur auteur, et celles qui impliquent la nullité des clauses ou des contrats qui les contiennent.

⁴ Sur ce constat selon lequel le droit des pratiques restrictives de concurrence est en mesure « d'appréhender un large éventail de comportements et de dispositions contractuelles, et ce, à tous les stades de la vie du contrat », v. M. Chagny : « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », RDC, n°3/2004, p. 861 ; V. aussi : B. Fages, J. Mestre : « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in Colloque, Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, dir. Y. Picod et J. Calais-Auloy, RTD Com., 1998, p. 71, où les auteurs montrent que « les règles impératives du droit de la concurrence s'imposent au contrat et conduisent à la condamnation de nombreuses stipulations » ; *Adde* : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, spéc. n°356 et s. où l'auteur met en évidence que le droit des pratiques restrictives de concurrence apporte des « entraves à la liberté des parties de déterminer le contenu du contrat », et dont la démonstration tend à considérer (n°385) que le « droit de la concurrence surveille des clauses contractuelles ».

⁵ Sur cette distinction très nette, v. par ex. : J. Ghestin : « rapport introductif », in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques, 1998, dont la deuxième phrase de l'intervention est ainsi rédigée « quant aux clauses abusives, il s'agit par définition de clauses, et non de simples pratiques ».

concurrence (I), alors que l'évolution de cette matière semble aller dans le sens d'un contrôle de plus en plus accru du contenu des contrats qui sont conclus entre professionnels (II). Ainsi, l'étude se propose de dépasser une première approche du droit des pratiques restrictives de concurrence, qui peut laisser un sentiment de désordre, pour dégager une véritable cohérence au sein de cette réglementation (III).

I. Droit des contrats et pratiques restrictives de concurrence

2. Annonce. Indéniablement, l'étude invite à s'interroger sur les rapports entre le droit des contrats et le droit des pratiques restrictives de concurrence. Tandis que le droit des contrats a vocation à s'appliquer dans l'ensemble des rapports contractuels⁶, le droit des pratiques restrictives de concurrence saisit des pratiques au sein même de rapports contractuels qui entrent dans son champ d'application. Plus précisément, l'étude suppose, à titre liminaire, de clarifier une notion de droit des contrats, la clause (A), mais aussi les notions utilisées par le droit des pratiques restrictives de concurrence, les pratiques (B), et celles qui, parmi ces pratiques, sont restrictives de concurrence (C).

A. La notion de « clause ».

3. Absence de définition légale. Le droit civil français ne prend pas la peine de définir la clause. Il s'agit, d'une « disposition particulière de l'acte juridique ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités, soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun »⁷. A la lecture de cette définition, la clause apparaît comme une partie d'un tout, le contrat. Celui-ci est « un acte de volonté destiné à produire des effets de droit »⁸. Plus généralement, chaque type d'actes juridiques⁹ est composé de clauses. Parmi ces actes juridiques, il y a les conventions, qui regroupent les « accords de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinés à produire un effet de droit quelconque »¹⁰. Au sein des conventions, enfin, il y a les contrats, qui sont une « espèce de convention qui a pour objet de

⁶ Cf. art. 1105 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁷ G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2016, V° « clause ».

⁸ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « acte juridique ».

⁹ Actes juridiques unilatéraux ou plurilatéraux, consensuels ou formalistes, administratifs ou civils.

¹⁰ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « convention » ; Il faut préciser que l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations semble assimiler contrat et convention, en définissant le contrat, à l'art. 1101 C. civ. comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations », soit une définition proche de celle du terme « convention ».

créer une obligation ou de transférer la propriété »¹¹. Pour résumer, et selon un auteur, « le contrat est l'espèce d'un genre plus étendu qui est la convention »¹², et « dans un même contrat il peut y avoir une multiplicité de clauses. La clause est une partie de contrat portant sur un point particulier, qui « présente une individualité intellectuelle »¹³. La clause est au contrat ce que l'article est à la loi »¹⁴.

4. La clause contractuelle. La clause contractuelle peut être rapprochée de la stipulation contractuelle. En effet, elle se définit comme la « clause d'un contrat, élément expressément prévu dans une convention et, en général, formellement énoncé par écrit »¹⁵. La clause contractuelle est alors entendue comme un élément écrit du contrat, une stipulation contractuelle. Pourtant, la formulation de la clause par écrit n'est pas nécessaire pour qu'une disposition soit une clause d'un contrat. Accepter cette définition restrictive conduirait à n'accepter que les seuls contrats écrits, en excluant les contrats tacites. C'est pourquoi la présente étude se refuse à une telle limitation, ce qui nécessite d'en revenir à l'étymologie du terme clause.

5. Etymologie et évolution de la définition de clause. Le terme « clause » est issu du bas-latin *clausa*, signifiant fermeture, chose fermée, bornée, déterminée, dont on a issu « clore ». Ce terme s'est confondu au fil du temps dans le latin classique avec le terme *clausula*, qui signifie fin, terme, conclusion, extrémité et clause. Ce terme a donné « clause » en français, qui a toujours le même sens, signifiant conclusion, sentence¹⁶. Il s'ensuit que la clause intervient comme la clôture d'une négociation, elle vient fermer la période de négociations, la conclure pour la déterminer, la borner ; l'accord est ainsi scellé dans la clause. C'est ainsi qu'historiquement, la clause fixe le contenu de l'accord, d'une négociation entre deux ou plusieurs personnes.

En 1550, Meigret propose une définition de « clause » comme désignant une « proposition renfermant une pensée parfaitement déterminée »¹⁷. Il reprend ainsi le caractère fermé, issu de la définition originaire, et l'associe à une forme de terme d'une pensée, ce qui lui

¹¹ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « contrat ».

¹² J. Carbonnier : *Droit civil, t. 4, les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis droit privé, 2000, n°15.

¹³ G. Arbant-Michel : *Les relations entre les clauses et le contrat*, th., dactyl., dir. D. Ferrier, Université Montpellier I, 2001, n°100.

¹⁴ J. Carbonnier : *op. cit.*, *loc cit.*

¹⁵ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « stipulation ».

¹⁶ E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V° « clause » et « clause ».

¹⁷ Louis Meigret, traducteur et grammairien, et auteur d'un projet de réforme phonétique de l'orthographe française (1542) et d'un *Traité de grammaire française* (1550), dont est issue la présente définition, *Traité de Grammaire Française*, Paris : C. Wéchel, 1550 (disponible en ligne sur le site de la Bibliothèque nationale de France : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b8624665r>).

permet de synthétiser la définition originaire et la définition du latin classique. Il ajoute également une exigence, la parfaite détermination, qui suppose au moins d'être exprimée.

En 1762, l'Académie Française, dans une définition sans cesse confirmée depuis¹⁸, définit la clause comme la « disposition particulière d'un traité, d'un édit, d'un contrat, ou de tout acte public ou particulier ». Avec cette définition, la clause est associée à une disposition, à un point d'une loi, ou encore à une chose prescrite par la loi¹⁹.

La clause est aujourd'hui entendue comme la « disposition particulière d'un acte juridique »²⁰, ou encore comme une « disposition particulière qui fait partie d'un traité, d'une loi, d'un contrat, ou de toute autre acte public ou particulier »²¹.

6. Possibilité de clauses tacites. Juridiquement, la clause fait partie intégrante de l'acte juridique au sens *d'instrumentum*, c'est-à-dire du document qui constate l'acte juridique, la manifestation de volonté ayant pour objet de produire un effet juridique²². L'*instrumentum* a pour caractère d'être écrit²³, il constate le *negotium*. En se fondant sur ces éléments, la clause apparaît comme un élément écrit, ou à tout le moins formulé²⁴. La clause est alors une disposition écrite d'un acte juridique, ce qui peut se déduire également de la définition précitée de l'Académie Française. Cependant, le caractère écrit ne fait pas partie des définitions les plus anciennes, de sorte que l'ajout de ce critère intervient comme une forme de dénaturation du sens initial du terme clause.

De plus, cette définition de clause ne représente qu'une partie de la réalité que ce terme recouvre. Il s'agit de la clause *stricto sensu*. *Lato sensu*, la clause peut être tacite²⁵. La clause expresse est une forme de clause, mais la clause tacite, qui recouvre l'ensemble des éléments non formalisés de la relation contractuelle, mais issus de la volonté des parties, en est une autre. Cette seconde forme entre dans la définition originaire du terme clause, c'est-à-dire la fixation de l'accord et la clôture de la négociation.

¹⁸ La définition actuelle de l'Académie Française, dans son dictionnaire de 1986 pour « clause » est « disposition particulière d'un acte public ou privé », soit une variante très légère de la définition de 1762.

¹⁹ Selon le quatorzième sens de la définition du dictionnaire d'E. Littré.

²⁰ Larousse, *Dictionnaire de la langue française*, V° « clause ».

²¹ E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V° « clause ».

²² G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « acte juridique ».

²³ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « acte juridique », troisième sens.

²⁴ V. sur ce point : G. Helleringer : *les clauses du contrat, essai d'une typologie*, thèse, Préf. L. Aynès, Post. F. Terré, Paris : LGDJ Lextenso, coll. Bibl. de droit privé, t. 536, 2012, n°12, où, pour l'auteur, la clause est écrite, et les cas de clauses verbales sont rares ; G. Arbant-Michel : *op. cit.*, n°157 et s.

²⁵ V. G. Ghestin : *rapport introductif*, in Les clauses abusives entre professionnels, sous la dir de C. Jamin et D. Mazeaud, précité, dont la troisième phrase de l'intervention tend à expliquer qu'au-delà des clauses écrites, il y a des clauses tacites, et des clauses pouvant se déduire des « usages professionnels ».

Le droit contemporain s'attache à faire reculer le contrat non-écrit, et donc les clauses tacites qu'il contient, en prévoyant par la loi un contrat écrit, formel²⁶. C'est ainsi que le principe du consensualisme, traditionnellement dénué de formes, tend à reculer face aux nombreuses exceptions prévues par la loi. Partant, et *a priori*, la place des clauses tacites semble résiduelle. Cependant, paradoxalement, il se pourrait qu'il y ait de plus en plus de clauses tacites, par exemple faisant partie d'une relation d'affaires, issues d'usages commerciaux. C'est ainsi que la relation contractuelle entre professionnels ne peut être formalisée dans son entièreté dans un écrit annuel ; elle est plus large et les obligations de chacun sont parfois contenues dans des clauses tacites. Il en va de même en matière de contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, où un certain nombre de clauses sont contenues dans les conditions générales de vente, non reprises telles qu'elles dans le contrat, ou encore dans des usages de professionnels favorables aux consommateurs comme un « délai de reprise » selon lequel le consommateur peut, en restituant un bien acheté, se faire rembourser le prix payé.

7. Synthèse. En reprenant le sens initial de « clause », celle-ci peut être définie comme la formulation d'une pensée parfaitement déterminée, la clôture de la négociation, dans le sens d'un accord scellé par une clause. Elle demeure la disposition particulière d'un acte juridique, qui a pour objet d'en préciser les éléments ou les modalités. Cette définition, plus proche de la réalité, permet la prise en compte des clauses formelles, mais aussi des clauses consensuelles, la commune intention des parties et les usages professionnels. Elle permet également la prise en compte de la relation contractuelle entre les parties²⁷, qui peut être ancienne et contenir des usages ou des clauses non reprises formellement dans le contrat. L'ensemble des clauses tacites

²⁶ A titre d'exemples l'article L. 441-7 du Code de commerce impose la conclusion d'une convention écrite annuelle entre fournisseurs et distributeurs qui indique les obligations auxquelles les parties se sont engagées en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Le Code de la consommation exige un contrat écrit dans l'ensemble des contrats nommés qu'il prévoit, par exemple, l'article L.221-11 et s. exige un contrat écrit en matière de contrat de vente ou de prestation de service à distance (Cf. avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation (ci-après-dénommée ord. n°2016-301), anc. art. L. 121-19).

²⁷ Cette relation est prise en compte par la loi, notamment dans l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce qui sanctionne la rupture brutale d'une relation commerciale établie. La jurisprudence sanctionne ces ruptures en caractérisant des relations commerciales établies qui se traduisent par ex. par une succession de contrats ; V. par ex. : Cass. com. 15 sept. 2009, n°08-19.200, Bull. civ., IV, n°110, qui approuve une Cour d'appel qui a estimé qu'une « succession de contrats ponctuels peut être suffisante à caractériser une relation commerciale établie » ; CCC, 2009, comm. 265, note sous arr. N. Mathey ; RLDA, 12/2009, n°44, p. 40-44, note A.- S. Courdier-Cuisinier ; Comp. : Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-15.589, Bull. civ., IV, n°207, qui approuve une Cour d'appel qui a refusé de voir une relation commerciale établie dans les rapports qu'entretenaient deux entreprises pendant six ans, en raison du fait que ces relations « résultaient de contrats indépendants » ; D. 2009, p. 225, note sous arr. E. Chevrier ; CCC, 2009, comm. 73, note sous arr. N. Mathey ; *Adde* : L.- M. Augagneur : « L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales. A propos d'un non-revirement de la Cour de cassation », JCP, E, 2009, 1969.

fait partie intégrante du contrat, et ont fait l'objet d'une négociation et d'un accord. Elles entrent donc dans la définition de la clause²⁸, et ne peuvent dès lors, être ignorées dans le cadre de cette étude.

8. Absence de débat doctrinal. « Clause » est, selon un auteur, un « terme qui ne passionne guère les juristes »²⁹. Cet auteur estime également que « l'accent est toujours mis sur l'adjectif qui donne un sens et un contenu à la clause »³⁰, et que « sans doute estime-t-on que la clause est une notion neutre du point de vue juridique »³¹. En effet, des auteurs ne prennent pas la peine de définir le terme « clause », pour se concentrer sur ce qu'il est possible de nommer les clauses qualifiées, c'est-à-dire lorsque le terme est accompagné d'un qualificatif, comme par exemple les clauses abusives, les clauses d'exclusivité, les clauses de non-concurrence, les clauses attributives de compétence³². Ainsi, même si des travaux doctrinaux tendent à remettre en cause cette relative absence de débat doctrinal³³ sur la notion de clause, la notion paraît consensuelle.

La notion de clause n'a pas non plus été au centre des préoccupations du législateur de droit commun, puisque le Code civil contient assez peu de dispositions relatives aux clauses,

²⁸ Le terme de « clause tacite » apparaît dans la définition du *dictionnaire de la langue française* d'E. Littré à titre d'exemple de clause.

²⁹ M. Gomy : « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Dalloz, 2006, n°2.

³⁰ V. sur ce constat : G. Arbant-Michel : *op. cit.*, n°55 ; M. Gomy, *op. cit. loc. cit.* L'auteur précise que « les clauses ne valent d'être étudiées que parce qu'elles sont abusives, pénales, résolutoires ou de non-concurrence » ; v. aussi : G. Helleringer : *op. cit.* qui réalise une typologie des clauses du contrat par la qualification de celles-ci en trois catégories, les clauses de prestation, les clauses de pouvoir et les clauses de différend.

³¹ M. Gomy, *op. cit. loc. cit.*

³² V. J. Mestre (dir.), J.-C. Roda : *les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris : Lexenso Editions, Coll. les intégrales, 2011, dans lequel les auteurs se concentrent sur l'étude de clauses qualifiées sans insister sur la définition du terme même de clause ; W. Dross : *clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis Litec, 2011, où l'auteur évoque un certain nombre de clauses sans donner de généralités sur la notion de clause elle-même ; J. Azéma, R. Besnard-Goudet, B. Rolland, J.-P. Viennois : *dictionnaire de droit des affaires*, Paris : Ellipses, coll. dictionnaires de droit, 2007, dans lequel les auteurs ne définissent pas le terme clause mais s'attardent sur des clauses qualifiées comme la clause compromissoire, la clause attributive de compétence, la clause d'agrément etc. ; V. *contra* : D. Mainguy : *Dictionnaire de droit du marché, concurrence, distribution, consommation*, Paris : Ellipses, Coll. dictionnaires de droit, 2008, où l'auteur définit le terme clause, comme une « disposition particulière d'un acte juridique », avant de s'attarder sur un certain nombre de clauses qualifiées comme les clauses abusives, les clauses d'exclusivité, etc.

³³ La notion de clause tend en effet à revenir dans le débat doctrinal, à la faveur de travaux récents ; v. pour quelques ex. : G. Arbant-Michel : *Les relations entre les clauses et le contrat*, précité ; S. Gaudemet : *La clause réputée non écrite*, th. préf. Y. Lequette, Paris : Economica, 2006 ; G. Helleringer : *les clauses du contrat : essai de typologie*, précité ; V. Frasson : *Les clauses de fin de contrat*, th. dactyl., Université Jean-Moulin Lyon III, dir. W. Dross, 2014 ; N. Gras : *Essai sur les clauses contractuelles*, th. dactyl., Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, dir. M. Mekki et J. Stoufflet, 2014.

hormis celles relatives à leur interprétation³⁴. Il ne prévoit que peu de généralités applicables à l'ensemble des clauses³⁵, et se concentre sur des clauses qualifiées comme par exemple la clause pénale³⁶, la clause résolutoire³⁷, la clause compromissoire³⁸, la clause de réserve de propriété³⁹. C'est ainsi « qu'il faut s'en remettre aux règles les plus communes »⁴⁰ s'agissant des clauses. Cela ne signifie pas qu'il ne faille pas s'en remettre au droit spécial. Le droit spécial peut en effet prévoir des dispositions spécifiques en matière de clauses des contrats. Il s'inscrit sans aucun doute comme le droit qui régit les clauses. Si l'on songe inévitablement à la réglementation consumériste des clauses abusives⁴¹, ce ne sont pourtant pas les seules dispositions relatives aux clauses, puisqu'il en existe aussi en droit commercial⁴², ou en droit du travail, souvent pour réglementer les clauses qui peuvent être insérées dans le contrat de travail, ou dans les accords issus de la négociation collective⁴³. La loi consacre ainsi le terme clause, afin de réglementer certaines stipulations contractuelles, sans que ce terme ne suscite d'importants débats doctrinaux. Ce n'est pas le cas des pratiques restrictives de concurrence.

B. La notion de « pratique ».

9. Absence de définition légale. Si elle est utilisée par la loi, la notion de pratique n'est pas définie légalement. Il va de soi que la pratique est « l'application du droit, la mise en œuvre du droit, l'ensemble des activités tendant à l'application du droit, l'expérience de cette application, de même que l'ensemble des praticiens, la façon d'appliquer le droit »⁴⁴.

³⁴ Art. 1188 et s. C. civ. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ci-après dénommée ord. n°2016-131), anc. art. 1156 et s.

³⁵ Il semble que les seules dispositions générales soient, à partir de l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, les art. 1170 et 1171 C. civ. qui réputent non écrites respectivement les clauses qui privent l'obligation essentielle du débiteur de sa substance et les clauses qui, dans les contrats d'adhésion, créent entre les droits et obligations des parties un déséquilibre significatif.

³⁶ Art. 1231-5 C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1226).

³⁷ Art. 1224 et 1225 C. civ.

³⁸ Art. 2061 C. civ.

³⁹ Art. 2367 C. civ.

⁴⁰ G. Helleringer : *op. cit.*, *loc. cit.*, l'auteur cite l'art. 6 et les art. 1134 et 1135 C. civ. (devenus, après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, respectivement les art. 1104 et 1194 C. civ.).

⁴¹ Art. L. 212-1 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L.132-1 C. conso.

⁴² Pour quelques exemples : le droit des pratiques restrictives de concurrence interdit certaines clauses à l'art. L.442-6, II C. com. ; Le droit des pratiques anticoncurrentielles prévoit la nullité des clauses qui se rapportent à de telles pratiques à l'art. L. 420-3 C. com. ; Les limites des clauses de non-concurrence dans les contrats d'agence commerciale sont fixées à l'art. L. 134-14 C. com.

⁴³ Pour quelques exemples, l'interdiction des clauses impliquant des discriminations, art. L. 1142-3 C. trav. ; L'application des clauses des conventions collectives aux contrats de travail conclu par l'employeur lié par ces conventions, art L. 2254-1 C. trav. ; Les conventions, pour pouvoir être étendues, doivent comporter un certain nombre de clauses, art. L.2261-22 C. trav.

⁴⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « pratique », premier sens.

Cependant, les pratiques dont il est question dans l'expression « pratiques restrictives de concurrence » ne sont pas des applications du droit. En effet, en ce qu'elles sont sanctionnées par la loi, elles ne peuvent en être des applications, mais s'analyseraient plutôt comme des contre-exemples. C'est alors dans un autre sens qu'il faut comprendre le terme, celui de « comportement de fait ». Ce second sens est triple. D'abord, la pratique peut être une « façon d'agir, une manière de procéder dans un branche d'activités ou un genre d'opérations, par exemple, une pratique commerciale, une pratique financière, une pratique conventionnelle »⁴⁵. Ensuite, la pratique peut être une « façon habituelle d'agir qui, par la répétition, peut donner corps à un usage ou à une coutume »⁴⁶. Enfin, une pratique peut être une « façon particulière d'agir, qui peut être conforme ou contraire au droit ou s'établir *praeter legem*, par exemple, une pratique familiale en matière d'autorité parentale »⁴⁷. Le terme « pratique » vient du latin *pratica*, signifiant capable de faire, faire, qui peut être rapproché du terme « panare », qui désigne faire passer à travers, accomplir⁴⁸.

Les définitions du terme pratique sont multiples. Elle sera entendue comme « l'application des règles, des principes, par opposition à la théorie qui en est la connaissance raisonnée »⁴⁹, comme « l'exécution de ce qu'on a conçu, projeté, l'accomplissement en parlant de devoirs, de vertus, de lois, de commandements »⁵⁰, comme une « méthode, un procédé pour faire quelque chose », comme un « usage, une coutume, une façon d'agir reçus dans un pays ou dans une classe de personnes, une manière d'agir, une conduite »⁵¹, comme « l'expérience habituelle des choses »⁵². Parfois, le terme prend un sens péjoratif pour désigner « routine »⁵³. Enfin, la pratique est également la clientèle de l'étude d'un avoué ou d'un notaire, au sens « de transmettre sa pratique, c'est-à-dire sa clientèle »⁵⁴.

10. Etymologie. Le terme pratique a de nombreux sens. Etymologiquement, il signifie faire, accomplir. Le sens qui semble devoir être retenu est donc « façon d'agir ». La pratique est une façon d'agir qui peut être conforme au droit (parfois même consignée dans un guide : le guide des bonnes pratiques⁵⁵), ou peut être contraire au droit, ce qui est le cas dans le cas des

⁴⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « pratique », second sens.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ E. Littré, *dictionnaire de la langue française*, V° « pratique », étymologie.

⁴⁹ E. Littré, *dictionnaire de la langue française*, V° « pratique ».

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ V. par exemple en matière médicale : *Infra*, n°13.

pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence par exemple. Cependant, et bien que le terme d'usage, de coutume, ou de façon habituelle d'agir intervienne dans les définitions précitées, il ne semble pas que la condition de répétition soit nécessaire pour parler de pratique⁵⁶. Une pratique isolée est considérée comme une pratique, même si elle n'a pas vocation à se répéter. Enfin, la pratique étant une façon d'agir, une façon de faire, il n'est pas indispensable que l'acteur qui se livre à la pratique en soit conscient. C'est ainsi que la pratique est une façon d'agir, conforme ou contraire au droit, intentionnelle ou non, habituelle ou non, à laquelle le droit attache des conséquences juridiques. Si le droit de la concurrence a été celui par lequel le terme pratique a été consacré dans la loi, aujourd'hui, ce terme a irrigué d'autres branches du droit.

11. Apparition du terme « pratique » en droit de la concurrence. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'ordonnance relative aux prix interdisait « les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ». Le texte donne ensuite une liste non exhaustive d'exemples et précise *in fine* que « tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibée est nul de plein droit »⁵⁷. Ainsi, le droit de la concurrence naissait par la prohibition de certaines pratiques, qui seront plus tard nommées pratiques anticoncurrentielles. Mais, cette ordonnance prévoyait également une infraction, la pratique de prix illicites⁵⁸. Il s'agit de ce qui serait aujourd'hui appelé une pratique restrictive de concurrence, pénalement sanctionnée. En effet, cette infraction sanctionne une pratique sans aucune considération de son effet, réel ou potentiel, sur le marché. Cette infraction spécifique a existé jusqu'à l'ordonnance de 1986, c'est-à-dire durant le temps de l'économie administrée et des prix contrôlés par l'Etat. Cette pratique sera par ailleurs complétée, en 1958, par un décret qui assimile à la « pratique des prix illicites le fait de pratiquer habituellement des conditions discriminatoires de prix non justifiées »⁵⁹. La pratique restrictive de concurrence consistant en une discrimination non justifiée restera en vigueur pendant cinquante années, puisqu'elle sera abrogée en 2008 par la loi de modernisation de l'économie⁶⁰. Le droit de la concurrence sanctionne ainsi des pratiques, au sens de façon

⁵⁶ Sur ce point, v. : R.- M. Zang Ndong : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation contractuelle*, th. dactyl., dir. E. Blary-Clément, Université Lille II, 2014, p. 8.

⁵⁷ Ord. n°45-1483 relative aux prix, art. 50.

⁵⁸ Ord. n°45-1483 relative aux prix, art. 37.

⁵⁹ Décret n°58-545 du 24 juin 1958, JO p. 5877, art. 1^{er}.

⁶⁰ Loi n°2008-776 du 4 août 2008, art. 93-I, 1^o, a.

d'agir, depuis 1945. La question est de savoir si d'autres branches du droit connaissent du même terme.

12. Le terme « pratique » en droit civil. En droit civil, le terme « pratique » n'est présent que dans un seul article depuis 1804, l'article 678. Ce texte de droit des biens est situé dans le titre IV intitulé « des servitudes ou services fonciers », et plus précisément dans le Chapitre II intitulé « des servitudes établies par la loi ». Il précise qu'il est interdit d'avoir des vues droites, fenêtre, balcons sur l'héritage de son voisin « s'il n'y a dix-neuf décimètres de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage »⁶¹. L'emploi du terme pratique par le Code civil est ainsi extrêmement limité, d'autant qu'il est employé pour signifier « faire », et non pas pour décrire une manière d'agir qui pourrait être ou non sanctionnée par le droit. Il s'agit de la réalisation d'une fenêtre ou d'un balcon à une distance trop proche du fonds du voisin. Le droit civil ne connaissait donc pas, jusqu'à une période relativement récente, le terme pratique comme il est connu du droit de la concurrence. Mais, il en va différemment depuis la fin du siècle dernier et l'apparition de deux autres textes mentionnant le terme « pratique », au sens de façon d'agir sanctionnée ou non par le droit.

En effet, la loi de bioéthique de 1994 introduit dans le Code civil un article 16-4 qui sanctionne « toute pratique eugénique tendant à la sélection des personnes »⁶². Ce texte interdit donc une façon d'agir. Il s'agit du premier texte de sanction d'une pratique du Code civil. Depuis cette date, le Code civil inclut un autre texte qui prend en considération les pratiques au sens de « façon d'agir », l'article 372-2-11 qui prévoit que le juge aux affaires familiales peut prendre en compte, lorsqu'il se prononce sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, « la pratique que les parents avaient précédemment suivie »⁶³, consacrant ainsi une jurisprudence existante⁶⁴. Le Code civil attache donc des conséquences juridiques à une pratique, mais au sens de « bonne pratique », sur laquelle le juge peut se baser pour rendre sa décision. Il s'agit donc d'une bonne manière d'agir, et il n'est pas question de la sanctionner comme cela peut être le cas dans le cadre de l'eugénisme.

Le Code civil ne comprend que deux textes qui attachent des effets juridiques à des pratiques. Malgré cette quasi-ignorance du terme, le Code civil appréhende tant des pratiques illicites, celles tendant à la sélection des personnes, que des pratiques licites, des bonnes

⁶¹ Art. 678 C. civ.

⁶² Art. 16-4 C. civ. créé par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

⁶³ Art. 373-2-11 C. civ. introduit par la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

⁶⁴ V. par ex. : Cass., civ., 1^{ère}, 6 juin 1979, n°77-14.868, Bull. Civ. I, n°163 qui a considéré que le magistrat, qui était en présence d'un désaccord persistant entre les époux s'agissant de la garde de leur enfant commun, n'a fait qu'user du pouvoir qui était le sien en décidant que *l'enfant devait être confié à sa mère, son père pouvant toutefois lui rendre visite et l'héberger, suivant les modalités correspondant à une pratique antérieurement suivie.*

pratiques, celles mises en place par les parents en matière d'autorité parentale, que le juge peut prendre en considération pour leur permettre de les poursuivre sans les bouleverser. Ainsi, il est possible d'opérer une classification au sein des pratiques, entre les bonnes pratiques d'une part, et les pratiques sanctionnées par le droit d'autre part.

13. Le terme « pratique » en droit spécial. La distinction entre d'une part, les pratiques à sanctionner et les bonnes pratiques à encourager, existe également dans le droit spécial. Des exemples peuvent être relevés, sans prétendre à l'exhaustivité. Dans le Code rural, est prévue la communication de bonnes pratiques, qui sont à encourager⁶⁵, dans le domaine de l'environnement⁶⁶, de l'hygiène⁶⁷, ou encore de la rédaction de contrats⁶⁸, et la sanction de mauvaises pratiques, notamment dans le domaine de l'hygiène ou de l'usage de produits phytopharmaceutiques⁶⁹. Le Code de l'environnement encourage également les bonnes pratiques dans le domaine de la chasse⁷⁰ ou de la gestion des déchets⁷¹. En droit de la propriété intellectuelle, se retrouve la distinction entre les bonnes pratiques⁷², et les mauvaises⁷³. De même, en droit de la santé, des bonnes pratiques sont définies par diverses instances⁷⁴, tandis

⁶⁵ L'art. L.114-1 du C. rural et de la pêche maritime prévoit la possibilité de rendre obligatoires les pratiques qui visent à la réduction du risque d'érosion. L'article L.231-1 du même Code prévoit la possibilité de contrôle de la mise en œuvre des bonnes pratiques d'hygiène ; V. encore, pour l'application et la communication autour des bonnes pratiques : art. L.253-5 et L.253-16.

⁶⁶ Art. L.114-1, L.461-5 al. 2, L.642-22 (permettant l'élaboration d'une charte des bonnes pratiques dans le but de préserver certaines caractéristiques environnementales) et L.411-27 C. rural et de la pêche maritime dans le cas particulier du bail rural qui peut prévoir des clauses visant au respect de bonnes pratiques culturelles qui préservent la ressource en eau, la biodiversité, les paysages, la qualité des produits, des sols et de l'air.

⁶⁷ Art. L.230-6, L.231-1 C. rural et de la pêche maritime.

⁶⁸ V. les guides des bonnes pratiques contractuelles, qui peuvent être publiées par les organisations professionnelles, prévus par l'art. L.632-1-3 C. rural et de la pêche maritime.

⁶⁹ Art. L.253-16 C. rural et de la pêche maritime qui prévoit une peine d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende en cas de représentation visuelle de pratiques potentiellement dangereuses, ou en cas de non-respect des conditions de présentation des bonnes pratiques d'utilisation et d'application d'un produit.

⁷⁰ Art. L. 421-14 C. environnement ; V. aussi, les bonnes pratiques d'alimentation du bétail pour éviter la pollution de l'eau, visées par l'art. L. 213-10-2 du même Code

⁷¹ Art. L. 541-1 C. environnement ; Le Code oblige également l'exploitant d'une centrale nucléaire à appliquer les meilleures pratiques internationales, sur ce point, v. art. L. 593-18 ; Les « meilleures pratiques » sont également à prendre en compte s'agissant du stockage géologique du dioxyde de carbone (art. L. 229-38).

⁷² V., concernant l'utilisation d'un dessin ou modèle à des fins d'illustration ou d'enseignement, qui est considéré comme une pratique commerciale loyale, à condition de mentionner l'enregistrement et le nom du titulaire des droits (art. L.513-6, 3° C. pr. intellectuelle).

⁷³ V., pour les pratiques ne respectant pas les droits d'auteurs et les droits voisins, art. L.331-12 et s. C. pr. intellectuelle

⁷⁴ V. par ex. les pratiques définies par la Haute autorité de santé : Art. L.1414-3-3 (missions de la Haute Autorité), L.1111-2 al. 6 (bonnes pratiques dans l'information médicale délivrée au patient, L. 6113-3 (bonnes pratiques cliniques, pour améliorer la qualité et la sécurité des soins), L.1414-4 (évaluation des soins et des pratiques professionnelles) du C. santé publique, et article L.161-38 du C. sécurité sociale (certification des logiciels d'aide à la prescription médicale ayant respecté des bonnes pratiques et certification des logiciels d'aide à la dispensation qui participe à l'amélioration des pratiques de dispensation officinale) ; les pratiques définies par le Ministre : Art. L.5121-5 (obligation de respect de bonnes pratiques pour la dispensation de médicaments), L.4211-5 (obligation de respect des bonnes pratiques pour dispenser à domicile des gaz à usage médical) C. santé publique ; les pratiques définies par les Agences régionales de santé : Art. L.1435-4-1 (les contrats conclus entre les agences

que le fait de ne pas les adopter⁷⁵, ou le fait d'en adopter de mauvaises, peut être sanctionné⁷⁶. Suivant la même logique de distinction entre des bonnes pratiques qui, parfois encadrées par la loi, sont licites, et les mauvaises pratiques qui sont sanctionnables, le droit de la consommation apparaît comme une des branches du droit qui vise le plus de pratiques. Le Livre Premier du Code de la consommation contient en effet un Titre II consacré aux « pratiques commerciales interdites et réglementées »⁷⁷. Ce Titre prévoit tout d'abord l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, qui sont définies comme des pratiques « contraires aux exigences de la diligence professionnelle et qui altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service »⁷⁸. Sont notamment des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses⁷⁹ et les pratiques commerciales agressives⁸⁰. Ensuite, ce Titre contient des pratiques commerciales réglementées, parmi lesquelles la publicité comparative⁸¹, la vente avec prime⁸², les loteries publicitaires⁸³. Enfin, il prévoit des pratiques commerciales illicites, parmi lesquelles le refus et la subordination de vente ou de prestation de service⁸⁴, la vente ou prestation de service sans commande préalable⁸⁵, la vente ou la prestation de service « à la boule de neige »⁸⁶, ou l'abus de faiblesse⁸⁷. Le droit de la consommation prévoit ainsi un certain nombre de mauvaises

régionales de santé et les enseignants des universités doivent contenir une participation à des actions d'amélioration des pratiques); les pratiques définies par l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé : Art. L.5121-5 (définition de bonnes pratiques pour la préparation, l'importation, l'exportation et la distribution de médicaments ; pour la thérapie génique, bonnes pratiques sur les activités de conservation, de cession et d'exportation prises après avis du directeur général de l'Agence de la biomédecine), L. 1121-3 al. 6 (obligation de respect des bonnes pratiques fixées par l'Agence pour la recherche biomédicale sur médicament et élaboration de recommandations de bonnes pratiques pour les autres recherches), L. 1245-6 (définition de bonnes pratiques par l'Agence concernant le prélèvement d'organes et les thérapies cellulaires), L.2323-1 (définition de bonnes pratiques par l'Agence pour les activités des lactariums à partir de lait maternel) et L.5128-3 al.1 (définition des bonnes pratiques en matière de fabrication et de distribution de substances actives en matière de médicaments).

⁷⁵ Art. L.5421-1 et L.5438-1, 3° C. santé publique.

⁷⁶ Art. L. 1337-6 C. santé publique (sanction pénale pour le fait de ne pas se conformer à une mise en demeure de l'Autorité de sûreté nucléaire relative à une pratique) ; Art. L.5125-1-1-1 C. santé publique (officine ne respectant pas les bonnes pratiques de préparation ou réalisant les préparations dans des conditions dangereuses pour la santé publique).

⁷⁷ Art. L.120-1 à L.122-21 C. conso.

⁷⁸ Art. L.121-1 C. conso.; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 120-1 C. conso.

⁷⁹ Art. L.121-2 à L.121-5 C. conso.

⁸⁰ Art. L.121-6 à L.121-7 C. conso.

⁸¹ Art. L.122-1 et s. C. conso.

⁸² Art. L.121-19 C. conso.; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-35 C. conso.

⁸³ Art. L.121-20 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 131-36 C. conso.

⁸⁴ Art. L. 121-11 C. conso.; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 122-1 C. conso.

⁸⁵ Art. L.121-12 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 122-3 C. conso.

⁸⁶ Art. L. 121-15 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 122-6 C. conso.

⁸⁷ Art. L.121-8 et s. C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 122-8 et s. C. conso.

pratiques, qu'il interdit et qu'il sanctionne, et prévoit d'autres pratiques, qui peuvent avoir cours dans les contrats de consommation à condition de respecter les conditions qu'il édicte. Les pratiques commerciales réglementées peuvent être des bonnes pratiques, et seront alors autorisées. A l'inverse, les pratiques commerciales illicites sont interdites en toute circonstance.

14. Le terme « pratique » en droit de l'Union européenne. La réglementation consumériste concernant les pratiques commerciales est largement issue du droit de l'Union européenne⁸⁸. Cette législation prévoit l'extension des bonnes pratiques, et sanctionne des mauvaises pratiques. En effet, le droit de l'Union européenne connaît la notion de pratique, tant dans le droit dérivé⁸⁹ que dans les traités fondateurs. C'est en effet dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que se trouve la réglementation européenne en matière de pratiques anticoncurrentielles⁹⁰. Le Traité vise aussi les pratiques administratives qui feraient obstacle à la libre circulation des travailleurs⁹¹, ou à la liberté d'établissement⁹². Il vise par ailleurs des bonnes pratiques, comme celles qui sont menées par les états membres dans le domaine de l'emploi⁹³, de la santé publique⁹⁴, de la recherche et de développement technologique⁹⁵, ou encore le tourisme⁹⁶. Hormis le droit européen de la consommation, le droit dérivé prévoit la sanction de mauvaises pratiques notamment dans le domaine des retards de paiement⁹⁷. L'Union européenne s'intéresse en outre aux pratiques commerciales déloyales mises en œuvre entre professionnels, et au développement de bonnes pratiques dans leurs relations⁹⁸.

⁸⁸ V. not. : Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

⁸⁹ Cf. Directive 2005/29/CE précitée, entièrement consacrée à des pratiques ; V. aussi, pour d'autres ex. : Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, spéc. considérant n°9 ; Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 fév. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, spéc. art. 7, intitulé « clauses contractuelles et pratiques abusives ».

⁹⁰ Art. 101 et s. du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁹¹ Art. 46 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁹² Art. 50 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁹³ Art. 149 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Adde* art. 151 et art. 153, 2, art. 155, art. 156, et art. 160.

⁹⁴ Art. 168 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁹⁵ Art. 181 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁹⁶ Art. 195 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁹⁷ Considérant 12 et art. 7 de la Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

⁹⁸ V. not. : Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Think small first » : Priorité aux PME, Un « Small Business Act » pour l'Europe, juin 2008, COM (2008) 394 final, où la Commission évoque d'abord des bonnes pratiques, not. point 2, et la Commission s'engage à « faciliter les échanges de bonnes pratiques dans l'éducation à l'esprit d'entreprise », et point 4, V « l'UE et les Etats membres doivent utiliser des codes de bonnes pratiques » dans le cadre de

15. La pratique comme comportement. Pour synthétiser, la pratique est un comportement⁹⁹, une façon d’agir, conforme ou contraire au droit, intentionnelle ou non, habituelle ou unique, à laquelle le droit attache des conséquences juridiques. L’étude succincte de la législation permet de classer les pratiques entre d’une part les bonnes pratiques que la loi entend encourager, développer, améliorer, et même diffuser, et les mauvaises pratiques que la loi sanctionne, parfois pénalement. Le droit de la concurrence est un « droit du comportement »¹⁰⁰, et partant, il est un droit des pratiques puisqu’il sanctionne particulièrement

marchés publics, (v. aussi : annexe à la communication), puis des mauvaises pratiques, not. point 4, VII : « les PME doivent se défendre contre les pratiques commerciales déloyales » ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une chaîne d’approvisionnement plus performante en Europe, oct. 2009, COM (2009) 591 final, point 3 ; Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Exercice de surveillance du commerce et de la distribution « Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l’horizon 2020 », juil. 2010, COM (2010) 355 final, point 4 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réexamen du « Small Business Act » pour l’Europe, fév. 2011, COM(2011) 78 final, points 2.2 (bonnes pratiques pour les marchés publics), 3.2 (bonnes pratiques en matière de financement), 3.3.1 (exposition des PME à des clauses et pratiques contractuelles abusives et pratiques commerciales déloyales), v. aussi : annexe à la Communication ; Rapport du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable (2010/2109 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, juin 2011, considérants 10, 26 à 42, et exposé des motifs, partie V ; v. aussi : l’encouragement de bonnes pratiques : considérant 37, 43 à 49 concernant les « pratiques innovantes », et exposé des motifs, partie VI ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, l’acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « ensemble pour une nouvelle croissance », juil. 2011, COM (2011) 206 final, not. point 2 ; v. aussi, entièrement consacré à la question des pratiques commerciales déloyales, et insistant sur la nécessité de mise en place de bonnes pratiques dans le secteur de la distribution : Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d’approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, janv. 2013, COM (2013) 37 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d’approvisionnement alimentaire interentreprises », juil. 2014 COM(2014) 472 final ; Projet de rapport du Parlement européen sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d’approvisionnement alimentaire, (2015/2065 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, juil. 2015 ; Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d’approvisionnement alimentaire, janv. 2016, COM (2016) 32 final.

⁹⁹ J. Azéma, R. Besnard-Goudet, B. Rolland, J.-P. Viennois : *Dictionnaire de droit des affaires*, Paris : Ellipses, Coll. Dictionnaire de droit, 2007, V° « pratiques restrictives de concurrence » : « comportement du Chapitre II du Livre IV du Code de commerce ».

¹⁰⁰ V. sur cette qualification de « droit du comportement », not. : G. Virassamy : « Les relations entre professionnels en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, Centre de droit des obligations de l’Université Paris I et Centre de droit des obligations de l’Université catholique de Louvain, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 261, 1996, p. 479-511, n°93 ; M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D., 1995, p. 51, où l’auteur explique que « le droit de la concurrence est un droit économique qui ne s’intéresse qu’aux comportements », du même auteur, *Le nouvel article L.442-6 du Code de commerce apporte-t-il des limites à la négociation contractuelle ?*, Etude, CCC, 2008, n°11, Dossier n°5 : Moderniser l’économie..., où l’auteur conclut que la réforme opérée par la loi du 4 août 2008 anticipe une réforme plus importante visant à « sanctionner les comportements déloyaux dans la relation contractuelle ». V. aussi CJCE, 14 juil. 1972, Imperial Chemical Industries Ltd. contre Commission des Communautés européennes, aff. C-48/69, où, à propos d’une pratique concertée, la Cour estime que « le parallélisme de comportement », s’il n’est pas suffisant, est un indice sérieux de ladite pratique (§66). Elle estime également qu’une telle pratique s’extériorise « par le comportement des participants » (§64). V. également, le Rapport de M.-D. Hagelsteen, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, fév. 2008, p. 23 point 2.2.2, « L’article L.442-6 [...] a le grand avantage de constituer un

les pratiques anticoncurrentielles et les pratiques restrictives de concurrence. Il apparaît qu'il revêt une spécificité. Il s'agit de la seule branche du droit qui ne connaisse que des mauvaises pratiques, sanctionnées, sans prévoir de bonnes pratiques, au contraire de ce que la loi prévoit dans d'autres domaines¹⁰¹. Le droit de la concurrence est ainsi à la fois le seul droit qui ait pour principal objet des pratiques, et le seul droit qui ait pour unique finalité de sanctionner l'ensemble des pratiques qu'il décrit. Au sein de ces pratiques se trouvent les pratiques restrictives de concurrence.

C. La pratique restrictive de concurrence.

16. Annonce. Les pratiques restrictives de concurrence ne sont pas légalement définies. Le Code de commerce contient un chapitre intitulé « des pratiques restrictives de concurrence »¹⁰², dans lequel ces pratiques sont regroupées sans définition¹⁰³. Ainsi, la doctrine s'est attachée à définir ces pratiques restrictives de concurrence, qu'il convient d'abord de distinguer des pratiques anticoncurrentielles (1), puis à déterminer les contours de la définition (2), dans un contexte de large controverse quant à ce pan du droit de la concurrence (3).

1. La distinction entre pratique restrictive de concurrence et pratique anticoncurrentielle.

17. La conception restrictive ou extensive du droit de la concurrence. La distinction entre les pratiques anticoncurrentielles et les pratiques restrictives de concurrence constitue la distinction entre deux parties du droit de la concurrence. Elle semble tenir pour acquis l'appartenance de ces deux parties au droit de la concurrence, alors même que l'intégration du droit des pratiques restrictives de concurrence dans le droit de la concurrence ne va pas sans

guide précis des comportements prohibés [...] permettant aux opérateurs d'être immédiatement renseignés sur les conduites à tenir et celles à éviter ».

¹⁰¹ V. toutefois : J.-P. Laurencie, L. Givry : *Loi NRE : Régulation de la concurrence*, RLDA, 2001, n°40 (supplément), à propos de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales qui « répond au souci légitime de mieux connaître le secteur et d'améliorer les pratiques commerciales entre fournisseurs et distributeurs, notamment en mettant en valeur les bons usages commerciaux, et en stigmatisant les pratiques abusives ». Les auteurs mentionnent la création de la Commission par la loi n°2001-420 relatives aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, dont l'une des missions est en effet d'adopter des recommandations sur le développement des bonnes pratiques commerciales. Cependant, il n'est pas possible d'en déduire que la loi prendra en compte ces bonnes pratiques et en déduira des effets juridiques.

¹⁰² Le Chapitre 2 du Titre IV est intitulé « de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et des autres pratiques prohibées » (art. L.442-1 à L.442-10), et est inclus dans le Livre IV du Code de commerce, lui-même intitulé « de la liberté des prix et de la concurrence ».

¹⁰³ Sur ce point, v. not. : M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Préf. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, 2012, n°5 s, où l'auteur observe que « les pratiques restrictives de concurrence [...] ne reçoivent pas de définition légale et il faut se contenter d'une typologie désordonnée des concepts qu'elles recouvrent ».

poser question. Elle suppose de dépasser une conception restrictive du droit de la concurrence, pour en adopter une conception plus extensive.

18. La conception restrictive du droit de la concurrence en doctrine. Certains auteurs ont une conception assez restrictive du droit de la concurrence¹⁰⁴, en ce que ce droit aurait pour seul objet la protection du marché¹⁰⁵. Ainsi, les pratiques restrictives de concurrence n'auraient pas leur place au sein du droit de la concurrence en raison de l'absence de prise en compte de leur effet sur le marché. La matière incarnerait alors un « dévoiement du droit de la concurrence, forcé d'accueillir en son sein des règles qui, en l'absence de référence au marché, lui demeurent, par essence, étrangères »¹⁰⁶. La conception restrictive du droit de la concurrence invite la doctrine à affirmer que les « objectifs de loyauté et d'égalité ne peuvent être assurés par le droit de la concurrence »¹⁰⁷, et que les pratiques restrictives de concurrence ne sont pas nécessairement restrictives de concurrence¹⁰⁸. D'aucuns considèrent que

¹⁰⁴ Sur la caractérisation de cette conception restrictive du droit de la concurrence, v. M. Chagny : *op. cit.*, n°17 ; D. Mainguy (dir.) : *Dictionnaire de droit du marché, concurrence, distribution, consommation*, précité, V° « droit de la concurrence », la définition distingue entre les auteurs qui estiment que le droit de la concurrence est un droit antitrust, c'est-à-dire un « ensemble de règles ayant pour objectif d'assurer la régulation du marché (ententes, abus de position dominante, concentrations et aides d'état) », et les autres qui y incluent également le droit des pratiques restrictives de concurrence. Une « définition extensive » du droit de la concurrence le voit alors comme « un ensemble de règles assurant le contrôle de la loyauté des actions des opérateurs économiques, incluant la concurrence déloyales et les règles de propriété intellectuelle et de droit des contrats ».

¹⁰⁵ V. not. : Y. Serra : *L'obligation de non-concurrence*, th. préf. J.- M. Mousseron, Paris : Sirey, Bibl. de droit commercial, t. 23, 1970, qui définit le terme concurrence comme « la compétition qui joue, sur un même marché, entre plusieurs individus dans l'intention d'atteindre plus complètement une fin économique, en particulier, l'offre de produits ou de services qui satisfont des besoins égaux ou proches » ; M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, Préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, n°577 ; L. Roberval : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire, une spécificité française ?*, Thèse, Université du Littoral, 2010, dactyl., n°579 ; L. Zevounou : *Les usages de la notion de concurrence en droit*, thèse, préf. P. Brunet, Bibl. dr. publ., t. 272, Paris : LGDJ-Lextenso, 2012, n°6 et n°47 dans lequel l'auteur exclut de son étude les pratiques restrictives de concurrence, nommées « pratiques déloyales » ; A.-S. Choné : *Les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, th. préf. B. Teysié, Paris : Economica, coll. Recherches juridiques, 2010, spéc. n°14, où l'auteur estime que le droit de la concurrence « ne régit pas les rapports contractuels, mais les pratiques de marché » ; Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *op. cit.*, n°224 ; J.-L. Fourgoux « Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? » in Dossier *Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, 2006, n°12, 26, n°3 où l'auteur explique que les « pratiques restrictives appréhendent de simples rapports bilatéraux ou contractuels, et pourraient ne pas relever du droit du marché ».

¹⁰⁶ Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *op. cit.*, n°224 ; L. Idot : « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », RDC, n°3/2004, p. 882, dont la conclusion tend à considérer que l'art. L. 442-6 du Code de commerce est « étranger au droit de la concurrence ».

¹⁰⁷ M. Chagny : *op. cit.*, n°579 ; v. aussi : J.-L. Fourgoux : « Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? » in Dossier *Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, 2006, n°12, 26, n°3, où l'auteur explique que les « pratiques restrictives appréhendent de simples rapports bilatéraux ou contractuels et pourraient ne pas relever du droit du marché » ; D. Ferrier : « Les pratiques restrictives de concurrence pour quelle finalité ? », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, mélanges en l'honneur d'Y. Serra, Paris : Dalloz, 2006, n°6, où l'auteur s'interroge sur la finalité de cette réglementation, *a priori* selon lui « la protection des concurrents », mais aussi « l'action sur les prix à la consommation ».

¹⁰⁸ D. Brault : *op. cit.*, *loc. cit.*, où l'auteur considère que ces pratiques sont « parfois restrictives de concurrence mais pas toujours » ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°419.

l'appréhension de ces pratiques s'explique difficilement¹⁰⁹, ou encore que certaines de ces pratiques peuvent être nécessaires à la concurrence¹¹⁰. Le terme même de « pratiques restrictives de concurrence » est alors considéré comme « mal choisi »¹¹¹, ou source de « confusions »¹¹². Cela a conduit une importante part de la doctrine à parler de « petit droit de la concurrence »¹¹³, à propos des pratiques restrictives de concurrence. *In fine*, la conception

¹⁰⁹ V. not. : M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°423 ; v. aussi, pour la critique des objectifs de cette réglementation : Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *op. cit.*, n°205 où les auteurs estiment que « la finalité du droit de la concurrence n'est pas de protéger les entreprises faibles, ni de rechercher l'équilibre ou la justice contractuelle, mais seulement de veiller au bon fonctionnement du marché, et n°234 où ils estiment que « ce droit a pour objectif la protection des entreprises vulnérables et la préservation d'une logique contractuelle, aucune de ces logiques n'est convaincante » ; M. Martin : *op. cit., loc. cit.*, où l'auteur explique que ces règles ne « servent pas l'objectif dont elles se réclament, à savoir la libre concurrence » ; Y. Guyon : *Droit des affaires. Tome 1, Droit commercial général et sociétés*, 12^{ème} éd., Paris : Economica, 2003, n°896-1 où l'auteur estime que « l'intervention législative est délicate en période de libéralisme » ; L. Donnedieu de Vabres-Tranie et C. Montet : « Un droit de la concurrence, pour quoi faire ? », in Dossier *Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, 2006, n°12, 22, n°4 où les auteurs estiment que « le droit de la concurrence a un objectif d'efficacité économique. Lorsque le droit de la concurrence tente de répondre à des objectifs contraires, des incohérences peuvent alors apparaître, comme c'est le cas en France avec les dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce ».

¹¹⁰ V. not. : M. Chagny : *op. cit.*, n°582 où pour l'auteur, les « prohibitions méconnaissent les réalités de l'économie » et n°583 où l'auteur demande à ce qu'une vérification des effets sur le marché soit réalisée, la « liste de conduites irréfragablement sanctionnées n'a pas lieu d'être » ; L. Vogel : *Traité de droit des affaires / G. Ripert et R. Roblot*, sous la dir. de M. Germain, *Tome 1, Vol. 1 : du droit commercial au droit économique*, 20^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso Editions, 2016, n°751, où les auteurs estiment que ces pratiques « peuvent être nécessaires à la concurrence » ; Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre, C. Nourissat : *op. cit.*, n°234 où les auteurs considèrent que « ces pratiques peuvent être facteur de dynamisme de la concurrence » ; J.-B. Blaise, *op. cit.* n°924 où l'auteur considère que la « concurrence souffre » de l'interdiction des discriminations en raison de « l'impossibilité pour les concurrents d'ajuster leurs prix » ; L. Donnedieu de Vabres-Tranie, C. Montet : « Un droit de la concurrence, pour quoi faire ? » in Dossier *Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?*, CCC 2006, n°12, 22, n°27, à propos des discriminations qui « peuvent être efficace économiquement ».

¹¹¹ M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°419 ; D. Brault : *politique et pratique du droit de la concurrence en France*, n°401.

¹¹² D. Mainguy, M. Depincé : *droit de la concurrence*, précité, n°142-4, où les auteurs estiment la « césure avec les pratiques anticoncurrentielles peu aisée, floue » ; L. Nicolas-Vullierme : *droit de la concurrence, théorie et pratique*, précité, n°368, dans lequel l'auteur estime que la dénomination est trompeuse pour un non-initié ; G. Decocq : « En guise de synthèse », in Dossier *Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, 2006, n°12, 30, n°1, où l'auteur estime que les pratiques restrictives sont source de complexité, « attentatoire à la cohérence de l'ensemble du droit de la concurrence » ; v. aussi : M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Préf. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, 2012, n°6 ; J.-B. Blaise : *droit des affaires, commerçants, concurrence distribution*, 8^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso, 2015, n°950 ; V. *contra* : M.-A. Frison Roche et M.-S. Payet : *Droit de la concurrence*, précité, n°417, où les auteurs expliquent que « le droit de la rivalité concurrentielle se distingue nettement du droit des marchés concurrentiels » et n°420 ; D. Houtcieff : *Droit commercial*, précité, n°1116.

¹¹³ Selon les auteurs, cette expression prend une connotation plus ou moins péjorative, et permet d'opposer le droit des pratiques restrictives de concurrence au « grand droit de la concurrence », c'est-à-dire le droit antitrust, celui des pratiques anticoncurrentielles ; V. not. : J.- M. Mousseron, V. Sélinsky : *Le droit français nouveau de la concurrence*, précité ; J.-C. Fourgoux : « La place du droit pénal dans l'administration de l'économie libérale : la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 », *Rev. de sc. crim.*, 1997 p.653 ; C. Lucas de Leyssac : « concurrence et compétition », D. 2004, p.1722 ; P. Arhel : *Rép. com. Dalloz, Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, 2015 ; D. Mainguy : « L'esprit et la lettre du nouvel article L.442-6 du Code de commerce », *JCP, E*, 2002, n°48, 1729, n°1 ; M. Béhar-Touchais : « Droit de la concurrence et droit des contrats (Brèves observations) », *RDC*, n°3-2004, p. 870, l'auteur allant jusqu'à évoquer le vrai droit à l'égard du droit des pratiques anticoncurrentielles, ce dont il est possible de déduire que le droit des pratiques restrictives de concurrence est un faux droit de la concurrence ; M. Malaurie-Vignal : « Négociation commerciale et loi Hamon : une loi volumineuse pour un tout petit droit », *CCC*, 2014, repère 7.

restrictive du droit de la concurrence invite à la suppression du droit des pratiques restrictives de concurrence¹¹⁴, en considérant que les comportements visés par la matière comme pouvant être appréhendés par le droit des pratiques anticoncurrentielles¹¹⁵, et par le droit commun : droit des obligations¹¹⁶ et/ou de la responsabilité¹¹⁷.

19. Adoption d'une conception plus extensive du droit de la concurrence. S'il faut concéder que le nom de ces pratiques est source de confusions, il convient de ne pas adopter la même conception restrictive du droit de la concurrence. En effet, le droit de la concurrence doit être vu de manière plus extensive¹¹⁸, comme incluant aussi bien l'ensemble des règles ayant pour objet la protection du marché, mais aussi « l'ensemble des règles relatives au contrôle de la loyauté des actions des opérateurs économiques »¹¹⁹. Parmi ces règles, figurent les pratiques restrictives de concurrence. Cette conception permet d'intégrer au droit de la concurrence l'ensemble des dispositions du Livre IV du Titre IV du Code de commerce, qu'elles aient pour objectif la protection du marché, ou qu'elles aient un autre objectif, comme la protection des opérateurs par exemple. Le droit de la concurrence ne doit pas se confondre avec le droit du marché. Un auteur affirme même que le « caractère unidimensionnel du droit de la concurrence

¹¹⁴ M. Chagny : *op. cit.*, n°588 ; M. Martin : *op. cit.*, n°485 et s. ; G. Mallen : *op. cit.*, n°16 ; L. Nicolas-Vuillermé, *op. cit.*, n°373 ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°423 ; Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre C. Nourissat : *op. cit.*, n°224.

¹¹⁵ V. : M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet : *op. cit.*, n°423 ; J.-P. Blin : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? », in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1 et décembre 1986 Evolutions et perspectives*, Colloque, sous la dir. de G. Canivet et L. Idot, Paris : Lexis-Nexis Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p.131 à 136 ; G. Canivet : *Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce*, Paris : La Documentation française, 2004 dont l'une des conclusions est que les pratiques peuvent être appréhendées sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles.

¹¹⁶ M. Chagny : *op. cit.*, n°836 et s. ; M. Martin : *op. cit.*, n°523 et s. ; D. Legeais : *Droit commercial et des affaires*, Paris : Sirey, Coll. Université, 22^e édition, 2015, n°654 ; J.-L. Fourgoux : *Jcl. Commercial*, Fasc. 281 : *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, 2016, n°147.

¹¹⁷ M. Martin : *op. cit.*, n°543 et s. ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, *loc. cit.* ; Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat : *op. cit.*, n°234 ; J.-L. Fourgoux : *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁸ Une autre conception extensive est adoptée par M. Chagny : *op. cit.*, n°17, celle qui consiste à intégrer à la fois les règles relatives à la protection de la concurrence, mais aussi les règles permettant de maintenir la concurrence dans de justes limites. Il n'est pas certain que cette conception extensive puisse intégrer l'ensemble des règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence.

¹¹⁹ D. Mainguy : *dictionnaire de droit du marché*, précité, V° « concurrence », définition extensive ; V. aussi : La définition de J. Azéma, *le droit français de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis droit, 1989, p.18, pour qui le droit de la concurrence regroupe l'ensemble des règles juridiques qui « gouvernent les rivalités entre agents économiques dans la recherche et la conservation d'une clientèle » ; D. Mainguy, M. Depincé : *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, coll. Manuels, 2015, n°18 où les auteurs retiennent que le droit de la concurrence contient « l'ensemble des règles assurant le contrôle des actions des opérateurs économiques » ; F. Riem : *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, thèse, Préf. L. Boy, Paris : l'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2002, n°16 ; M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, précité, n°17, où l'auteur opère la même distinction en des termes différents, évoquant les conceptions « *stricto sensu* » et « *lato sensu* » du droit de la concurrence.

n'est pas tenable »¹²⁰, un autre estime que les pratiques restrictives de concurrence constituent une « branche significative du droit de la concurrence »¹²¹. Certaines règles de droit de la concurrence ont pour objet la régulation du marché, mais d'autres ont pour objet la régulation des rapports entre professionnels¹²². Au sein de ces règles, se trouvent les pratiques restrictives de concurrence, mais se trouve aussi la concurrence déloyale.

Par conséquent, il n'est pas nécessaire, pour intégrer une règle au droit de la concurrence, de juger de son effet sur le marché. Ainsi, la question de l'effet sur le marché des pratiques restrictives de concurrence, qui pour certains auteurs justifie leur exclusion du droit de la concurrence¹²³, et pour d'autres est présumé¹²⁴, est *a priori* une source de confusion entre ces pratiques et les pratiques anticoncurrentielles. Les pratiques restrictives de concurrence sont prohibées indépendamment de tout effet sur le marché, même présumé, et de plus, indépendamment de toute référence à un quelconque marché¹²⁵. Cette référence sera donc, dans le cadre de cette étude, laissée au droit des pratiques anticoncurrentielles, correspondant au droit antitrust, part importante, à défaut d'être unique, du droit de la concurrence, dont il ne sera question qu'incidemment¹²⁶.

20. La place du droit des pratiques restrictives de concurrence au sein du droit de la concurrence. Dans une conception extensive de la matière, le droit de la concurrence

¹²⁰ C. Jamin : « Loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », RTD Civ. 1996 p. 1009, où l'auteur critique une réforme incluse au droit de la concurrence « censé n'avoir pour objet que la régulation des marchés », concédant que le « caractère unidimensionnel du droit de la concurrence n'est pas tenable » ; V. aussi : D. Mainguy, M. Depincé : *op. cit., loc. cit.*, où les auteurs estiment que « la restriction du droit de la concurrence au seul droit antitrust [...] est réductrice dans la mesure où elle oublie en chemin bien des règles qui participent d'un but voisin ».

¹²¹ J.-L. Fourgoux : Fasc. 281 : *Transparence tarifaire et pratiques restrictives de concurrence*, Jcl. Commercial, 2013, n°1.

¹²² V. : F. Riem : *op. cit.*, n°15 et s, spéc. n°16 où l'auteur considère que « le droit de la concurrence a, ainsi, un objet beaucoup plus large que les seules pratiques dites anticoncurrentielles ».

¹²³ Cf. *Supra*, n°18.

¹²⁴ V. par ex. : D. Brault : *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris : LGDJ, coll. Droit des affaires, 2004, n°408 ;

¹²⁵ V. cependant : Y. Picod : « avant-propos » in *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, Colloque, dir. Y. Picod, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, où l'auteur estime (p. VIII) que « le législateur choisit d'agir sur les comportements de marché », citant notamment la coopération commerciale. Ainsi, cet auteur considère que les pratiques restrictives de concurrence sanctionnent des comportements de marché. Il semble qu'il ne faille pas souscrire à cette affirmation qui place le marché, et les comportements que les opérateurs adoptent sur celui-ci, au centre du droit des pratiques restrictives de concurrence, alors que ce droit ne le mentionne pas, et que certaines pratiques prohibées ne peuvent être vues comme des comportements de marché, comme par exemple la rupture brutale des relations commerciales établies, ou encore le déséquilibre significatif (pratique apparue postérieurement).

¹²⁶ La présente étude se limite au Titre IV du Livre IV du Code de commerce, intitulé « de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et des autres pratiques prohibées », et exclut le Titre II du Livre IV, intitulé « des pratiques anticoncurrentielles », et le Titre III, intitulé « de la concentration économique ». Plus précisément, la présente étude se limite aux « pratiques restrictives de concurrence », qui sont l'objet du Chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce. Elle exclut donc également les règles du Chapitre 1^{er}, consacré à la « transparence », et le Chapitre 3, intitulé « autres pratiques prohibées ».

intègre tant les pratiques restrictives de concurrence que les pratiques anticoncurrentielles. La recherche d'une définition des pratiques restrictives de concurrence doit alors passer par une distinction : celle à opérer entre ces pratiques et les pratiques anticoncurrentielles¹²⁷. Si cette distinction paraît aisée à opérer, il faut néanmoins souligner qu'elle n'est pas toujours parfaitement nette, et qu'il arrive que les pratiques anticoncurrentielles soient définies comme des « pratiques qui restreignent la concurrence », c'est-à-dire comme des « pratiques restrictives de concurrence »¹²⁸. Cette définition des pratiques anticoncurrentielles n'est pourtant pas pleinement satisfaisante, en ce qu'elle en omet un élément essentiel, l'effet réel ou potentiel de la pratique sur le marché. Cet élément constitue la principale spécificité du droit des pratiques anticoncurrentielles, qui imposera l'étude d'un marché en cas de constatation d'une pratique. Il permet, en outre, la distinction avec les pratiques restrictives de concurrence, ces dernières n'étant pas considérées en fonction de leur effet réel ou potentiel sur le marché. Les pratiques restrictives de concurrence sont sanctionnées *per se*¹²⁹, ce sont « plutôt des atteintes aux concurrents qu'à la concurrence »¹³⁰. Alors que la distinction semblait bien acquise, la Cour de cassation a pu sembler confondre, dans un attendu de principe qui estimait que « l'action du ministre en application des dispositions [du droit des pratiques restrictives de concurrence] [...] est une action autonome de protection du marché et de la concurrence »¹³¹. Ce faisant, elle affirme que le droit des pratiques restrictives de concurrence répond à un objectif de protection du marché, alors même qu'il s'agissait du principal point de dichotomie avec le droit des pratiques anticoncurrentielles. De plus, la loi elle-même jette parfois le trouble quant à la différence entre les deux parties du droit de la concurrence. Ainsi, l'article L. 420-2 du Code de commerce sanctionne les exploitations abusives d'une position dominante, et les abus de dépendance économique. Ce texte de droit des pratiques anticoncurrentielles contient

¹²⁷ Les définitions doctrinales s'accordent sur ce point, v. : M. Malaurie-Vignal, *droit de la concurrence interne et européen*, 6^e éd., 2014, Sirey, Coll. Université, n°234 ; M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *droit de la concurrence*, 2006, Dalloz, Coll. Précis, n°419 ; D. Houtcieff, *droit commercial*, 3^e éd., 2011, Sirey, Coll. Université, n°116 ; G. Decocq et A. Ballot-Léna, *droit commercial*, 7^e éd., 2015, Dalloz, Coll. HyperCours, n°574 ; V. aussi la distinction, telle qu'elle apparaît dans le Code de commerce, les deux pans de la matière faisant l'objet de deux chapitres différents du Livre IV.

¹²⁸ V. L. Nicolas-Vullierme, *Jcl. Concurrence-Consommation*, Fasc. 290 : « Pratiques restrictives de l'article L.442-6 du Code de commerce », cote 03,2013, n°13.

¹²⁹ C'est-à-dire sanctionnées en elles-mêmes sans étude d'impact. V. not. M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, *loc. cit.* ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit. loc. cit.* ; D. Houtcieff : *op. cit.*, *loc. cit.* ; V. Pironon : *droit de la concurrence*, Gualino Lextenso Editions, Coll. Master Pro, 2009, n°541 ; Y. Reinhard, S. Thomasset-Pierre, et C. Nourissat, *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence et consommation*, Lexis-Nexis, 8^e éd. 2012, n°234 ; L. Nicolas-Vullierme : *droit de la concurrence, théorie et pratique*, Vuibert, Coll. Dyna'sup Droit, 2011, n°368.

¹³⁰ Selon la formule de D. Brault, *in Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris : LGDJ, Coll. droit des affaires, 2004, n°401. V. déjà, du même auteur : *droit et politique de la concurrence*, Paris : Economica, 1997, p.148-149.

¹³¹ Cass., com., 8 juil. 2008, n°07-16.761, Bull. civ. IV, n°143 ; Sur cet arrêt, Cf. *Infra*, n°371.

une liste d'exemples qui ne sont rien d'autre que des pratiques restrictives de concurrence¹³². La distinction entre les deux matières en ressort moins nette, tandis qu'elle apparaît nécessaire.

21. Nécessaire distinction : *summa divisio* du droit de la concurrence. L'absence de prise en compte du marché apparaît alors comme une césure claire entre ce qui constitue deux pans du droit de la concurrence. La position de la Cour de cassation s'explique avant tout par le contexte dans lequel elle a été exprimée, celui de l'action du ministre, qui vise à n'en pas douter à la protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, cette protection de la concurrence devant être entendue largement. De même, les exemples que contient le texte relatif aux abus de domination ne peuvent s'analyser comme une forme d'interdiction *per se* de certains comportements. En effet, le texte contient des conditions d'application spécifiques au droit des pratiques anticoncurrentielles, en particulier celle selon laquelle ces pratiques sont prohibées « lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché »¹³³. Se retrouve ici le point de distinction entre les deux parties du droit de la concurrence, la démonstration d'une atteinte, réelle ou potentielle, au marché. Les exemples donnés par le texte ne remettent pas en cause cette condition de son application. Bien présente, la distinction invite à éviter de confondre entre les deux pans du droit de la concurrence, à opérer une *summa divisio*, les pratiques restrictives de concurrence n'étant pas sanctionnées à la manière de pratiques anticoncurrentielles, requérant des preuves différentes et étant prévues par des textes différents¹³⁴.

La distinction est d'autant plus nette en songeant aux objectifs des législations¹³⁵. L'objectif de protection du marché de la législation en matière de pratiques anticoncurrentielles est issu du droit de l'Union européenne. En effet, la construction et la protection du marché

¹³² Art. L.420-2 al. 1^{er} C. com. qui prévoit : « Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, ventes liées, conditions de vente discriminatoires, ainsi que dans la rupture des relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées » ; l'al. 2, consacré à l'abus de l'état de dépendance économique prévoit : « Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L.442-6 ou en accords de gamme » ; *Adde* : Proposition de loi n°3571 du 15 mars 2016 (adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 28 avr. 2016) visant à mieux définir l'abus de dépendance économique, qui ajoute au texte un exemple d'abus de dépendance économique, consistant à rompre une relation commerciale si cela risque de compromettre le maintien de l'activité du fournisseur, alors que celui-ci ne dispose pas d'une solution de remplacement.

¹³³ L'art. L.420-2 C. com. renvoie « aux conditions de l'article L.420-1 », qui sont ici citées.

¹³⁴ V. *contra* : E. Claudel : « L'abus de puissance économique d'achat », in *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, colloque, dir. Y. Serra, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 69-86, spéc. p. 69 où l'auteur considère que « l'abus de puissance d'achat est en effet une des pratiques restrictives de concurrence les plus sensibles aujourd'hui ».

¹³⁵ V. : Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janv. 2013, COM (2013) 37 final, point 3.1 qui insiste sur le fait que « les pratiques commerciales déloyales ont un objectif différent du droit de la concurrence, car elles régissent les relations contractuelles, (...) indépendamment des effets réels ou présumés sur la concurrence sur le marché ».

intérieur est un des principaux objectifs de l'Union¹³⁶, et ce, dès le marché commun du charbon et de l'acier, en 1951¹³⁷. L'Union dispose d'une compétence exclusive pour « l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur »¹³⁸. Dès 1951, le traité fondateur comportait un texte prohibant des pratiques, « reconnues incompatibles avec le marché commun du charbon et de l'acier »¹³⁹. Après plusieurs évolutions, ces textes se trouvent désormais dans un Chapitre premier consacré aux « règles de concurrence », et intégré au Titre VII intitulé « les règles communes sur la concurrence, la fiscalité, et le rapprochement des législations »¹⁴⁰. Ces textes prohibent notamment les ententes¹⁴¹ et l'exploitation abusive d'une position dominante¹⁴², en les considérant comme « incompatibles avec le marché intérieur »¹⁴³. Ces règles, applicables dans toute l'Union, répondent à l'objectif de protection du marché et font partie intégrante du droit de la concurrence. Cependant, le droit de l'Union n'empêche pas aux Etats membres de prévoir des règles applicables entre professionnels dans leur droit de la concurrence interne¹⁴⁴.

Les objectifs de la réglementation des pratiques restrictives de concurrence sont très différents. Ces pratiques prohibées répondent en effet à une pluralité d'objectifs, parmi lesquels la loyauté entre professionnels¹⁴⁵, la lutte contre l'inflation¹⁴⁶, l'égalité ou l'équilibre¹⁴⁷ dans

¹³⁶ Art. 3 du Traité sur l'Union européenne ; Le premier titre de la troisième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est consacré au marché intérieur (art. 26 et 27).

¹³⁷ Art. 2 du Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier ; L. Vogel : *Droit européen des affaires*, Dalloz, Coll. Précis, 2012, n°491.

¹³⁸ Art. 3. 1, b) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; L. Vogel : *op. cit.*, n°492.

¹³⁹ Art. 4 du Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier.

¹⁴⁰ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 101 à 106 : L. Vogel, *op. cit.*, n° 493.

¹⁴¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 101.

¹⁴² Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 102.

¹⁴³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 101 et 102, premiers termes.

¹⁴⁴ Cf. art. 3. 1, b) du traité, qui prévoit la compétence exclusive de l'Union pour l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ; Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité [NB : devenus 101 et suivants], Considérant n°9 selon lequel « Le présent règlement [...] n'interdit pas aux Etats membres de mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales destinées à protéger d'autres intérêts légitimes, pour autant que ces dispositions soient compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire ». Le Considérant poursuit en précisant que « Par voie de conséquence, les Etats membres peuvent, eu égard au présent règlement, mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales interdisant ou sanctionnant les actes liés à des pratiques commerciales déloyales, qu'ils aient un caractère unilatéral ou contractuel ».

¹⁴⁵ M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, n°579 ; v. aussi le titre de la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 « sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales » ; L. Vogel : *Droit de la concurrence européen et français*, Paris : LawLex, Bruxelles : Bruylant, coll. JuriScience, traité de droit économique, 2015, n°598.

¹⁴⁶ V. : la lutte contre les prix imposés ; M. Martin : *op. cit.*, n°356 et s,

¹⁴⁷ V. : Y. Auguet : *L'équilibre, finalité du droit de la concurrence*, in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, mélanges en l'honneur d'Y. Serra, Paris : Dalloz, 2006, p. 29 à 58, n°2, où l'auteur estime que « la finalité d'équilibre permet d'appréhender le droit de la concurrence dans son unité ». C'est ainsi que l'objectif d'équilibre serait partagé par les deux pans du droit de la concurrence. Cependant, il n'apparaît dans la loi, (à l'art. L.442-6, I, 2° C. com.) que concernant les pratiques restrictives de concurrence.

les relations contractuelles entre professionnels¹⁴⁸, mais aussi la protection de certains professionnels¹⁴⁹. Bien loin de la protection du marché, ces objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence sont pourtant des objectifs à part entière du droit de la concurrence. Certains de ces objectifs sont européens, notamment lorsqu'on songe au fait que l'objectif de nombre de lois intervenues en France est la protection des consommateurs¹⁵⁰. En effet, l'Union européenne est compétente pour intervenir dans le domaine de la protection des consommateurs¹⁵¹, ce qu'elle a d'ailleurs réalisé dans le domaine des pratiques commerciales déloyales¹⁵², ou des clauses abusives¹⁵³ par exemple. C'est ainsi que sera abordée la question de sa compétence et de son action en matière de pratiques restrictives de concurrence entre professionnels¹⁵⁴, alors même qu'un Livre vert adopté par la Commission européenne a été consacré à la question¹⁵⁵. De même, tandis que le droit de la concurrence prévoit, dans son

¹⁴⁸ V. not. : M. Martin : *op. cit.*, n°403 ; M. Chagny : *op. cit.*, *loc. cit.* ; Y. Serra : *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1993, p.105 ; L. Vogel : *Traité de droit économique, tome 1 : Droit de la concurrence européen et français*, précité, n°598 ; v. aussi le titre de la loi du 1^{er} juillet 1996 précitée, sur la « loyauté et l'équilibre des relations commerciales » ; D. Legeais : *Droit commercial et des affaires*, précité, n°654 ; S. Retterer : « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », D. 2003, p.1210 ; C. Pecnard et G. Robic : « Les rapports industrie-commerce ou la vaine recherche de l'équilibre parfait », P. Aff., 2005, n°55, p.6 ; G. Canivet : « L'histoire sans fin des lois éphémères », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Paris : Dalloz, 2006, p.69-89, spéc. p. 71 ; v. dans le même ouvrage : Y. Auguet : « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », précité, spéc. p. 46 ; L. Nicolas-Vullierme : Jcl. Concurrence-Consommation, Fasc. 290 : *Pratiques restrictives de l'article L.442-6 du Code de commerce*, 2012, n°18.

¹⁴⁹ V. not. : D. Ferrier : « Les pratiques restrictives de concurrence pour quelle finalité ? », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Paris : Dalloz, 2006, p. 189 à 197, spéc. p. 191 ; M. Martin, *op. cit.*, n°31 et 408 (protection des agents économiques en général et protection du petit commerce), n° 412 (protection des producteurs), D. Voinot : « Les petits professionnels », in *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez, Paris : Montchrestien Lextenso Editions, 2012, p.573 ; G. Cerutti : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? », préc., p. 104 et 105 ; L. Nicolas-Vullierme, *op. cit.*, n°373 ; D. Mainguy, M. Depincé, *op. cit.*, n°142 ; Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre, C. Nourissat, *op. cit.*, n°234 ; J. Azéma, R. Besnard-Goudet, B. Rolland et J.-P. Viennois : *Dictionnaire de droit des affaires*, précité, V° « pratiques restrictives de concurrence » ; M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°200, qui regroupe les règles sous le titre « protection des concurrents », n°200 et s. ; M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet : *op. cit.*, n°420 ; M. Béhar-Touchais : « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », RLDA, 2010, n°46, in Colloque, La Rochelle, 2009 : « d'une réforme à l'autre : les mutations du droit de l'entreprise ».

¹⁵⁰ V. par ex., pour les plus récentes : loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, exposé des motifs, introduction, où l'on évoque la nécessité de lutter contre la vie chère et pour le pouvoir d'achat des consommateurs ; loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, exposé des motifs, Titre 1^{er}, premiers termes ; loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, exposé des motifs, Titre II, chapitre 1^{er}, où il est expliqué que « l'objectif du gouvernement est d'introduire davantage de concurrence dans les relations commerciales dans l'intérêt du consommateur ».

¹⁵¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 4.1, f) et 12.

¹⁵² V. not. : Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

¹⁵³ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹⁵⁴ Cf. *Infra*, n°510.

¹⁵⁵ Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 2013, précité, point 3.1 qui opère une distinction entre droit de la

ensemble, la prohibition de mauvaises pratiques, mises en œuvre sur un marché ou dans une relation entre professionnels, et que certains auteurs voient dans la prohibition française des pratiques restrictives de concurrence une « spécificité »¹⁵⁶, la présente étude se limitera à ces pratiques, et n'abordera qu'incidemment les pratiques anticoncurrentielles.

2. La notion de pratique restrictive de concurrence.

22. Débat doctrinal autour de la définition. Outre la distinction avec les pratiques anticoncurrentielles, la définition des pratiques restrictives de concurrence varie en doctrine. Elles sont souvent définies comme étant des règles de protection des concurrents¹⁵⁷, ou des contractants¹⁵⁸. Elles sont aussi décrites comme des règles posant des interdictions¹⁵⁹. Elles appréhendent des comportements individuels¹⁶⁰, constituent des « pratiques commerciales unilatérales »¹⁶¹. Certains les considèrent comme des « pratiques qui sont présumées porter atteinte à la concurrence¹⁶² ou à un acteur économique en position de faiblesse »¹⁶³, ou encore

concurrence et droit des pratiques commerciales déloyales. V. sur ce Livre vert, L. Idot : « un pas vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales », focus, Europe, 2013, n°3, alerte 9.

¹⁵⁶ V. not.: L. Roberval : *op. cit.*, n°19 et s. ; D. Fasquelle : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? Le Titre IV au regard des exemples étrangers : une exception française ? », précité, où l'auteur, s'il la nuance, met en évidence l'exception française ; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°234 ; P. Arhel : Rép. com. Dalloz, *transparence tarifaire et pratiques restrictives*, 2015, n°4.

¹⁵⁷ V. D. Houtcieff, *op. cit. loc. cit.* ; D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, 22^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2015, n°659 ; D. Mainguy, M. Depincé : *droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, Coll. Manuel, 2015, n°142.

¹⁵⁸ M. Malaurie-Vignal, *op. cit. loc. cit.*

¹⁵⁹ V. M. Malaurie-Vignal, *op. cit., loc. cit.* ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet, *op. cit. loc. cit.* ; G. Decocq et A. Ballot-Léna, *op. cit., loc. cit.*

¹⁶⁰ M. Malaurie-Vignal, *op. cit., loc. cit.* ; D. Mainguy, M. Depincé : *op. cit. loc. cit.*

¹⁶¹ G. Mallen : *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence. Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, th., préf. L. Arcelin-Lécuyer, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014, n°5.

¹⁶² V. : D. Brault : *politique et pratique du droit de la concurrence en France* précité, n°408, où l'auteur estime que ces pratiques sont « présumées quelle que soit l'incidence sur le fonctionnement du marché », ou encore que « l'effet restrictif est présumé sans dresser le bilan économique des avantages et des inconvénients de la pratique ». L'auteur explique ainsi que l'étude des effets sur le marché n'a pas lieu d'être. V. *contra*. Y. Reinhard, S. Thomasset-Pierre, et C. Nourissat, *op. cit. loc. cit.*, où les auteurs estiment qu'il s'agit d'une « présomption irréfragable de nocivité concurrentielle », ce qui signifierait que ces pratiques auraient un effet nocif sur le marché, mais que celui-ci est présumé. Il y a en effet une nuance entre l'absence d'étude des effets et la présomption d'un effet sur le marché. Il semble que les pratiques restrictives de concurrence sont sanctionnées sans étude des effets, ce qui permet de les distinguer par rapport aux pratiques anticoncurrentielles (v. §21), et que la présomption d'effet sur le marché introduit une confusion, alors que les dispositions légales ne la prévoient pas.

¹⁶³ G. Decocq, A. Ballot-Léna : *op. cit. loc. cit.* Les auteurs semblent se contredire en estimant que ces pratiques « sont prohibées indépendamment d'une atteinte au jeu de la concurrence » puis en précisant qu'elles sont « présumées porter atteinte à la concurrence ». Si cela peut être le cas de la revente à perte (C. com. art. L. 442-1), ou des prix de revente imposés (C. com. art. L.442-5), il ne paraît pas possible de généraliser à l'ensemble des pratiques prohibées par l'article L.442-6 du Code de commerce ; *Adde*, pour un auteur reprenant l'idée de faiblesse, G. Mallen : *op. cit.*, n°4 : La pratique restrictive « s'inscrit dans le cadre d'une relation économique déséquilibrée dans laquelle l'un marque son ascendant sur l'autre ».

INTRODUCTION

comme des illustrations de l'abus de dépendance économique¹⁶⁴. D'autres estiment qu'elles visent à sanctionner « tous les comportements faussant le libre jeu de la négociation contractuelle »¹⁶⁵, qu'elles s'apparentent à des « pratiques contractuelles abusives »¹⁶⁶. D'autres encore voient dans les pratiques restrictives de concurrence un ensemble de règles destinées à assurer la « loyauté, l'égalité dans la concurrence »¹⁶⁷. Un autre auteur, enfin, propose une définition des pratiques restrictives comme étant des « pratiques commerciales limitativement définies et ayant en commun d'être présumées par le législateur avoir, soit par elles-mêmes, soit sous certaines conditions, pour effet de porter atteinte aux intérêts légitimes des concurrents »¹⁶⁸. Cette définition permet de décrire précisément les pratiques restrictives de concurrence. Pour autant, le fait que les intérêts protégés soient ceux des concurrents apporte une limitation, et ne permet pas d'inclure les intérêts des contractants eux-mêmes, lorsque la pratique est mise en œuvre dans le cadre d'un rapport contractuel. Les pratiques restrictives de concurrence doivent ainsi être dégagées de toute référence à la concurrence. En effet, elles ne peuvent être cantonnées aux situations de faiblesse¹⁶⁹, de dépendance, ou de déséquilibre économique¹⁷⁰, et peuvent avoir lieu dans le cadre de relations contractuelles, même s'il faut garder à l'esprit que certaines d'entre elles trouvent application en dehors de tout lien contractuel entre l'auteur de la pratique et celui au détriment duquel elle est mise en œuvre, soit

¹⁶⁴ O. Benoit : « Le droit de la concurrence est un droit de l'abus : brèves observations », in Dossier : *l'abus dans le droit des affaires*, Dr. et patr., 2000, p.83 où l'auteur explique que la loi du 1^{er} juillet 1996 « vient interdire trois types d'abus de dépendance économique, qui sont prohibés en eux-mêmes, sans nécessité d'établir un effet restrictif sur le marché ». L'auteur semble classer parmi les pratiques anticoncurrentielles, et notamment au sein de l'article L. 420-2 C. com. des pratiques restrictives de concurrence qui n'en font pas partie. Cette position isolée semble devoir être considérée comme méconnaissant la différence entre pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives de concurrence.

¹⁶⁵ D. Legeais, *op. cit. loc. cit.* L'auteur semble limiter les pratiques restrictives de concurrence à la négociation du contrat, alors que certaines d'entre-elles concernent d'autres stades contractuels comme la rupture (par ex. la rupture brutale des relations commerciales établies, C. com. art. L.442-6, I, 5^o), ou l'exécution du contrat (par ex. les délais de paiement (C. com. art. L.442-6, I, 7^o, la violation de l'interdiction de revente hors-réseau (C. com. art. L.442-6, I, 6^o).

¹⁶⁶ G. Mallen : *op. cit.*, n^o6 et 7.

¹⁶⁷ L. Vogel : *droit de la concurrence européen et français*, Traité de droit économique, tome 1, Paris : Lawlex, Coll. JuriScience, 2015, §598.

¹⁶⁸ D. Brault : *op cit., loc. cit.*

¹⁶⁹ V. : R.- M. Zang-Ndong : *Pratiques restrictives de concurrence et protection de la partie faible dans la relation commerciale*, th. précitée, où l'auteur démontre dans la première partie de son travail, que cet objectif n'est pas atteint par le droit des pratiques restrictives de concurrence, et que ses finalités réelles sont à rechercher ailleurs, v. not. p. 219-220.

¹⁷⁰ Contrairement à ce que sous-entend une partie de la doctrine, les pratiques restrictives de concurrence ne se limitent pas à ces situations dont la caractérisation n'est pas indispensable pour établir une pratique restrictive de concurrence. Ainsi, la faiblesse ou la dépendance sont absentes de la pratique de revente à perte (art. L. 442-2 C. com.), d'imposition d'un prix minimal de revente (art. L. 442-5 C. com.), de la rupture brutale des relations commerciales établies (art. L. 442-6, I, 5^o C. com.), ou encore de l'annonce de prix de vente en contravention à l'article L. 441-2 (art. L. 442-6, I, 11^o C. com.).

dans la période précédant la création dudit lien¹⁷¹. Il s'ensuit que la caractérisation d'une situation de faiblesse, de dépendance ou de déséquilibre n'est pas nécessaire à l'établissement d'une pratique restrictive de concurrence, pas davantage que la caractérisation d'un lien contractuel, ou encore d'une atteinte à la concurrence, même présumée.

Pour résumer, la notion de pratique restrictive de concurrence désigne un ensemble de règles posant des interdictions de certaines pratiques commerciales unilatérales¹⁷², dans un but de protection des intérêts des acteurs économiques¹⁷³, ou d'un contractant à l'occasion d'un rapport contractuel passé, présent ou à venir¹⁷⁴ et indépendamment de tout effet sur la concurrence¹⁷⁵.

Ce droit des pratiques restrictives de concurrence est, pour une large part, inclus dans le Chapitre II du Livre IV du Code de commerce¹⁷⁶, qui ne se retrouve pas en l'état dans les droits des autres états européens¹⁷⁷. Le droit de la concurrence belge nomme d'ailleurs « pratiques restrictives de concurrence » les ententes et les abus de position dominantes¹⁷⁸, c'est-à-dire exactement ce que le droit français nomme les pratiques anticoncurrentielles. En cela, il se rapproche du droit français existant avant 1986, qui ne distinguait pas, de sorte que le droit des pratiques restrictives de concurrence recouvrait tant les pratiques restrictives de concurrence

¹⁷¹ Les pratiques restrictives de concurrence sanctionnent ainsi, en dehors de tout lien contractuel, l'utilisation irrégulière du domaine public pour la vente de produits ou services (art. L. 442-8 C. com.), l'annonce de prix de vente pour un fruit ou un légume frais en contravention avec les dispositions légales (art. L. 442-6, I, 1^o C. com.), la revente à perte (art. L. 442-2 C. com.), mais sanctionnent aussi, avant la création d'un lien contractuel, un certain nombre de pratiques comme la tentative d'obtention d'un avantage ne correspondant à aucun service commercial, la tentative de soumission à un déséquilibre significatif, ou encore la tentative d'obtention d'un avantage sans engagement écrit sur le volume d'achat (art. L. 442-6, I, 1^o à 3^o).

¹⁷² G. Mallen : *op. cit.*, n^o5.

¹⁷³ J. Azéma, R. Besnard-Goudet, B. Rolland, J.-P. Viennois: *op. cit.*, V^o « pratiques restrictives de concurrence » : qui visent à la « protection des concurrents contre les agissements jugés inacceptables ».

¹⁷⁴ G. Mallen : *op. cit.*, n^o16, où l'auteur définit les pratiques restrictives de concurrence comme des « pratiques déviantes qui s'infèrent dans le cadre contractuel et qui se manifestent unilatéralement par le biais de l'abus », l'auteur montrant que ces pratiques ont particulièrement lieu à l'occasion de rapports contractuels, même s'il choisit la notion d'abus pour caractériser la manière dont se manifestent ces pratiques.

¹⁷⁵ D. Mainguy : *Dictionnaire du droit du marché, concurrence, distribution, consommation*, Préf. C. Lucas de Leyssac, Paris : Ellipses, coll. Dictionnaires de droit, 2008, V^o « pratiques restrictives (droit interne) » : « pratique qui porte atteinte à un opérateur indépendamment de son effet sur la concurrence ».

¹⁷⁶ J. Azéma, R. Besnard-Goudet, B. Rolland, J.-P. Viennois : *op. cit.*, V^o « pratiques restrictives de concurrence » : « comportement du Chapitre II du Livre IV du Code de commerce ».

¹⁷⁷ V. pour une étude détaillée : L. Roberval : *le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire : une spécificité française ?* Thèse, dir. D. Fasquelle, Université du Littoral-Côte d'Opale, 2010, où l'auteur nuance le caractère spécifique du droit français sur le fond, mais ne le nie pas sur la forme ; Pour une comparaison des règles des différents états européen, v. : les réponses au Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/contributions_fr.htm.

¹⁷⁸ Loi 2006 A11405 du 15 septembre 2006 *loi sur la protection de la concurrence économique*, dont la Section 1 du Chapitre II est intitulé « pratiques restrictives de concurrence » et prohibe les ententes et les abus de position dominantes dans l'art. 2 de la loi. L'art. 4 précise sur les pratiques visées par l'art. 2 sont qualifiées de « pratiques restrictives de concurrence ».

actuelles, sous l'appellation de pratiques « individuelles » que les pratiques anticoncurrentielles, sous l'appellation de « pratiques collectives »¹⁷⁹.

23. Réglementation d'ordre public. Il ne fait aucun doute que, sauf exceptions, la réglementation quant aux pratiques restrictives de concurrence est d'ordre public¹⁸⁰. Il s'agit de règles d'ordre public économique¹⁸¹, c'est-à-dire que ce sont des « normes impératives dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions », qui correspondent à des « exigences fondamentales » essentielles à « la marche de l'économie »¹⁸². Il est distingué, au sein de cet ordre public économique, entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection¹⁸³. L'ordre public économique de protection « a pour but de protéger dans divers contrats, la partie économiquement la plus faible »¹⁸⁴. L'ordre public économique de direction « se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier »¹⁸⁵. De prime abord, le classement des pratiques restrictives de concurrence au sein de l'ordre public de protection est une évidence. Les règles édictées dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence sont destinées à la protection d'un acteur économique¹⁸⁶. Pourtant, il semble qu'il ne faille pas perdre de vue l'ordre public de direction, qui ressurgit au sein du droit des pratiques restrictives de concurrence¹⁸⁷. Certaines pratiques restrictives de concurrence participent d'une certaine direction de l'économie¹⁸⁸ et ne revêtent pas toujours d'objectif

¹⁷⁹ V. pour quelques ex. antérieurs à 1986 : « Les conflits de réglementation dans le droit français et le droit communautaire des pratiques restrictives de concurrence », journée d'études, 1984, Centre Paul Roubier, dir. A. Chavanne et J. Azéma, Paris : Litec, 1985, qui distingue entre ces deux catégories de pratiques restrictives de concurrence ; C. Lebel : *Pratiques restrictives de concurrence en droit français*, Paris : Litec, 1981, dont le sous-titre est « refus de vente, discriminations, ententes et abus de positions dominantes, contrôle des concentrations, non-concurrence conventionnelle », soit une vision large des pratiques restrictives de concurrence.

¹⁸⁰ La majorité des auteurs ne précisent pas ce point, v. toutefois : M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, n°235 ; D. Houtcief : *op. cit.*, n°1150.

¹⁸¹ G. Ripert : « Ordre économique et liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II : *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 347-353 ; J. Carbonnier : *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis, 2000, n°71 et s.

¹⁸² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, précité, V° « ordre public », premier sens ; C'est ainsi que la définition même de l'ordre public impose son respect tant dans les pratiques, qui correspondent aux « comportements », que dans les clauses, parties des « conventions ».

¹⁸³ J. Carbonnier : *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ *Ibidem.*

¹⁸⁶ L'objectif de protection des professionnels est l'un des objectifs de la réglementation relative aux pratiques restrictives de concurrence, sur ce point, Cf. *Infra*, n°413 et s.

¹⁸⁷ V. par ex. lorsque le droit des pratiques restrictives de concurrence sanctionne les délais de paiement (art. L. 443-1 C. com.), la revente hors-réseau (art. L. 442-6, I, 6° C. com.), ou encore édicte des règles particulières pour la distribution des fruits et légumes (art. L. 442-6, I, 11° et 12° C. com.).

¹⁸⁸ V. par ex. : G. Canivet : « Du rapport du groupe d'experts sur les relations entre industrie et commerce à la loi n°2005-882 du 2 août 2005 : un essai (partiellement ?) transformé », in *Le nouveau droit des pratiques restrictives*

particulier de protection d'une partie économiquement plus faible. Partant, le droit des pratiques restrictives de concurrence est d'ordre public, mais son classement en ordre public économique de protection ou de direction ne peut être pleinement satisfaisant, tant les pratiques visées sont différentes et les objectifs poursuivis variés. Certaines pratiques peuvent relever à la fois de la protection et de la direction, comme c'est le cas de la sanction du dépassement des délais de paiement. Il s'agit d'une règle de direction de l'économie, en éliminant les délais de paiement trop longs, mais aussi d'une règle de protection d'une partie faible, qui se trouverait lésée par ce dépassement du délai légal. D'autres règles seront, au contraire, aisément classables dans la partie protection de l'ordre public économique, comme c'est le cas du déséquilibre significatif, ou la menace de rupture brutale des relations commerciales par exemples. D'autres enfin s'intègrent dans l'ordre public économique de direction, comme par exemple la revente à perte et l'imposition d'un prix minimal de revente. Ces différents aspects de la matière sont assurément dus à son évolution.

II. L'évolution du droit des pratiques restrictives de concurrence : vers un contrôle du contenu des contrats.

24. Du contrôle des prix au contrôle de la relation contractuelle entre professionnels. En 1945, faisant suite à des règles édictées pendant la seconde guerre mondiale¹⁸⁹, les premières règles prohibant des pratiques *per se* en droit de la concurrence étaient les règles relatives au contrôle des prix¹⁹⁰. Ensuite, sont apparues les règles relatives à

de concurrence, Colloque sous la dir. de Y. Picod, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 1 à 21, spéc. p. 20, qui évoque la « logique semi-dirigiste » du législateur.

¹⁸⁹ V. les règles relatives au contrôle des prix, prises en 1940, qui prohibaient le refus de vente et qui instaurent un dispositif de contrôle des prix par l'Etat ; sur ce point, v. : C. Lebel : *Pratiques restrictives de concurrence en droit français*, Paris : Litec Droit, 1981, n°7.

¹⁹⁰ V., alors que l'expression « pratiques restrictives de concurrence » n'existait pas encore, les pratiques de prix illicites et les pratiques assimilées : Ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, art. 37 ; à cette pratique est assimilé le refus de vente, v. art. 31-1 a) de l'ord., qui la définit comme « L'ordonnance définit le refus de vente comme le fait de refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs lorsque ces demandes ne présentent pas de caractère anormal, que les demandeurs sont de bonne foi, et que la vente n'est pas interdite par la loi, dans la limite des disponibilités et dans des conditions conformes aux usages commerciaux » ; Pour une étude détaillée de cette pratique, v. : C. Lebel, *op. cit.*, n°6 à 30 ; Loi n°52-835 du 18 juillet 1952 complétant l'article 37 de l'ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, qui complète le dispositif avec la pratique de « prix imposés » ; Loi n°63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963, portant maintien de la stabilité économique et financière. La première partie de cette loi comporte des dispositions permanentes, parmi lesquelles, la prohibition de la revente à perte dans l'article 1^{er} ; Ord. n°67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, art. 1^{er}. Le texte permet au Ministre de l'économie d'intervenir par arrêté pour réglementer les conditions générales de vente et pour limiter, par un taux, les écarts de prix résultant des conditions de vente. Le Ministre peut aussi intervenir par arrêté pour interdire l'indication par un fournisseur d'un prix conseillé de revente ;

l'interdiction des discriminations¹⁹¹. Il s'agissait alors, pour le droit de la concurrence, d'être un instrument au service du contrôle par l'Etat des prix. En 1986, le « droit de la concurrence cesse d'être exclusivement un instrument de lutte contre la hausse des prix »¹⁹². L'intitulé même du texte doit permettre de prendre la mesure de l'évolution de la matière, désormais placée sous le signe de la liberté¹⁹³. Cela ne signifie pas que les pratiques interdites *per se* disparaissent, elles deviennent alors des « pratiques restrictives »¹⁹⁴, sanctionnées de manière civile ou pénale¹⁹⁵. Ces pratiques restrictives restent relativement identiques à celles qui existaient avant 1986, et c'est à l'occasion d'une réforme de cette partie du droit de la concurrence, dix années plus tard¹⁹⁶, que la matière se tournera résolument vers le contrôle de la relation contractuelle, en particulier dans le domaine des relations de distribution¹⁹⁷, en

¹⁹¹ Le décret n°53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale (art. 2), modifié par le décret n°58-545 du 24 juin 1958 modifiant certaines dispositions de l'ord. n°45-1483 relative au maintien de la libre concurrence (art. 1^{er}), ajoute la pratique de « conditions de vente discriminatoires » à l'article 37, 1^o, g) de l'Ord. du 30 juin 1945 ; Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation pour le commerce et l'artisanat, art. 37 ; Le dispositif a été modifié par la loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, art. 1^{er} ; Pour une étude plus détaillée des pratiques discriminatoires, v. C. Lebel, *op. cit.*, n°69 à 83.

¹⁹² C. Maréchal : *Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence*, Jcl. Conc. Cons., Fasc. 25, n°8.

¹⁹³ Ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence.

¹⁹⁴ Ord. du 1^{er} décembre 1986, Titre IV « de la transparence et des pratiques restrictives » ; Sur ce texte, v. : J.-M. Mousseron et V. Sélinisky : *Le droit français nouveau de la concurrence*, 2^{ème} éd. Litec, Coll. Actualités du droit de l'entreprise, 1988, n°139. V. également, pour une étude d'ensemble, n° 136 à 154, et J.-M. Mousseron, V. Sélinisky et D. Ferrier : « Le mort saisit le vif. Commentaire de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence », JCP, E, 1987, n°1, 14840, n°23 ; F.-C. Jeantet : « L'esprit nouveau du droit de la concurrence », JCP, G, n°9, I, 3277, *Adde*, « suite et fin », JCP, G, n°10, I, 3277 ; G. Virassamy : « Le nouveau régime des pratiques restrictives de concurrence entre professionnels », D. 1988, p. 113.

¹⁹⁵ L'ord. de 1986 dépénalise certaines des pratiques existantes, comme les pratiques discriminatoires, les refus de vente et les ventes liées, qui sont désormais sanctionnées civilement par l'art. 36, et maintien une sanction pénale pour les pratiques de revente à perte et de prix imposés. L'administration garde un rôle de déclenchement de l'action judiciaire, et le Ministre de l'économie, le Président du Conseil de la concurrence ou le parquet peuvent agir pour faire cesser ces pratiques.

¹⁹⁶ Loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre dans les relations commerciales. Sur cette loi, v. not. P. Arhel : « La réforme de l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence (loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », P. Aff., 1996, n°110, p.7 ; J.- C. Fourgoux, J.-L. Fourgoux : « La réforme de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence.- La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 : addition ou soustraction ? », JCP, G, 1996, n°44, 601 ; M. Malaurie-Vignal : « Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », D., 1996, p.361 ; C. Jamin : « Loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales (JO 3 juil. 1996 p.9983) », RTD Civ., 1996, p. 1009 ; P. Lebouché : « La réforme du droit de la concurrence », P. Aff. 1996, n°155, p.5 ; S. Abbou, « de la concurrence libre à la concurrence loyale : les premiers pas de la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 (relations entre fournisseurs et distributeurs) », P. Aff., 1997, n°87, p.4 ; J. Simon, « Les nouvelles orientations du droit français de la concurrence : la lutte contre les pratiques déloyales, la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », D. Aff. 1997, p. 652.

¹⁹⁷ V. art. 14 de la loi de 1996, où sont désormais interdites et sanctionnées de l'engagement de la responsabilité civile de leur auteur les pratiques consistant à obtenir « un avantage, condition préalable à la passation de commande, sans l'assortir d'un engagement écrit sur le volume d'achat », à obtenir « sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, modalités de vente, ou condition de coopération manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente », à « rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels » et les pratiques qui « violent une

poursuivant l'objectif de la loyauté et de l'équilibre des relations commerciales¹⁹⁸. Dès lors, le droit des pratiques restrictives de concurrence tend à s'appliquer à des contrats, et à en contrôler le contenu, la matière permettant l'appréhension de certaines clauses, qualifiées alors de pratiques. Cette évolution se poursuivra à l'occasion des modifications successives de la matière.

25. La consécration du contrôle des relations contractuelles par le droit des pratiques restrictives de concurrence. En 2001¹⁹⁹, est créée la Commission d'examen des pratiques commerciales, qui peut émettre des avis ou des recommandations sur les pratiques qui ont lieu dans des relations commerciales²⁰⁰. La loi prohibe également, depuis 2001, des pratiques qui ont lieu dans des relations contractuelles²⁰¹, et prévoit désormais la nullité d'un certain nombre de clauses ou de contrats²⁰². Quelques années plus tard, dans le but de moderniser les relations commerciales²⁰³, le législateur a poursuivi son objectif de contrôle des

interdiction de revente hors-réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ».

¹⁹⁸ Cf. l'intitulé de la loi de 1996.

¹⁹⁹ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 48 à 56. Sur cette loi, v. : L. Idot : « La deuxième partie de la loi « NRE » ou la réforme du droit français de la concurrence », JCP, G, 2001, n°36, I, 343 ; J. Rochfled : « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », RTD Civ., 2001, p. 671.

²⁰⁰ Loi du 15 mai 2001, art. 51, codifié à l'art. L.440-1 C. com., dont le premier titre traite de la moralisation des relations commerciales.

²⁰¹ Ces pratiques sont sanctionnées par l'engagement de la responsabilité civile de leur auteur, et intègrent l'art. L. 442-6 C. com., V. : la pratique qui « tente d'obtenir ou obtient d'un partenaire un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu » ; la pratique qui consiste, pour un professionnel, à « abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées » ; la pratique qui soumet « un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux ».

²⁰² V. art. L. 442-6, II, C. com. : qui mentionne les clauses ou les contrats qui « permettent à un producteur, commerçant, industriel ou artisan de bénéficier rétroactivement de remises, ristournes ou d'accords de coopération commerciale, d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande, ou encore d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances ».

²⁰³ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, Titre VI, art. 41 à 52. Sur cette loi, v. not. : P. Arhel : « Nouvelles modifications du droit de la concurrence », Aperçu rapide, JCP, E, 2005, n°31, 226 ; M. Béhar-Touchais : « Les rapports industrie-commerce : la loi du 2 août 2005 en faveur des PME ou la loi *Dutheil-Jacob* », RLC, 2005, n°5, actualités, p.37 à 45 ; M. Chagny : « « Modernisation des relations commerciales » par la loi PME du 2 août 2005.- D'une action opportune à un résultat décevant sur le droit français de la concurrence », Etude, JCP, G, 2005, n°40, I, 173 ; J.- C. Grall, T. Lamy, N. Geay, C. Grass : « Modernisation des relations commerciales : une nouvelle ère », RLDA, 2005, n°85, p.26 ; D. Fasquelle, L. Roberval : « Une nouvelle réforme du droit des pratiques commerciales restrictives et de la transparence tarifaire par la loi en faveur des PME du 2 août 2005 », P. Aff., 2005, n°242, p.4 ; D. Ferrier et D. Ferré : « La réforme des pratiques commerciales (loi n°2005-882 du 2 août 2005), CCC, 2005, n°11, étude, 18 ; C. Vilmart : « Le volet concurrence de la loi en faveur des PME : de la « facturologie » au « bidouillage » », Gaz. Pal., 2005, n°326, p.2 ; J.-B. Blaise : « Un dernier bastion ? A propos de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME », Editorial, Revue concurrences n°3/2005 p.1. V. aussi : *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, Colloque, dir. Y. Picod, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006.

INTRODUCTION

relations contractuelles entre professionnels²⁰⁴, avant que celui-ci ne transparaisse plus encore, en 2008. La poursuite de la « modernisation des relations commerciales »²⁰⁵ a alors précédé une loi²⁰⁶ qui a marqué une étape importante en supprimant l'interdiction des discriminations²⁰⁷, et en sanctionnant, parmi d'autres²⁰⁸, la pratique de « soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »²⁰⁹. Cette pratique restrictive de concurrence intervient comme une forme d'aboutissement de l'évolution de la matière, désormais tourné vers le contrôle des relations contractuelles entre professionnels dans leur ensemble, et non plus en fonction de pratiques spécifiques, puisqu'elle permet un contrôle de l'équilibre de la relation, dans son ensemble.

²⁰⁴ Loi du 2 août 2005, art. 48, codifié à l'art. L.442-6, I, 8° C. com., qui sanctionne par l'engagement de la responsabilité civile de son auteur la pratique consistant à « procéder au refus ou au retour des marchandises ou à la déduction d'une pénalité ou d'un rabais de la facture correspondant au non-respect d'une date de livraison, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, et sans que le fournisseur n'ait pu contrôler la réalité du grief ».

²⁰⁵ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, spéc. Titre 1^{er}, art. 1 à 9 ; Sur cette loi, v. not. : D. Ferrier et D. Ferré : « la réforme des pratiques commerciales : la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 », CCC, 2008, n°2, étude, 2 ; D. Ferrier : « la réforme des pratiques commerciales. Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 », D., 2008, p.429 ; C. Vilmart : « La loi Châtel pour le développement de la concurrence au service des consommateurs – Analyse de ses conséquences dans les relations producteurs distributeurs », Etude, JCP, E, 2008, n°2, p. 1041 ; P. Arhel : « Une nouvelle loi sur les relations commerciales », P. Aff., 2008, n°18, p.9 ; D. Ferré, N. Genty et E. Deberdt : « La loi Châtel n°2008-3 du 3 janvier 2008 : quelles incidences dans les relations fournisseur-distributeur », RLDA, 2008, n°24 ; M. Malaurie-Vignal : « Une loi provisoire, une loi pour rien ? », CCC, 2008, n°2, Commentaire 40 ; Cette loi crée une pratique restrictive de concurrence consistant à « ne pas communiquer ses conditions générales de vente », qui consiste en une dépenalisation d'une pratique préexistante. Il convient de relever que cette pratique était sanctionnée d'une amende de 15 000 euros (anc. art. L.441-6 al.9 C. com.) et que la dépenalisation ne signifie pas que la sanction soit nécessairement moins sévère puisque l'article L.442-6, III C. com. prévoit, parmi d'autres peines, une amende civile d'un montant maximal de deux millions d'euros.

²⁰⁶ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 92 à 94. Sur cette loi, v. not. : D. Ferrier et D. Ferré : « la réforme des pratiques commerciales (loi 2008-776 du 4 août 2008) » D., 2008, p.2234 ; P. Arhel : « Loi de modernisation de l'économie : une nouvelle réforme du droit de la concurrence », P. Aff., 2008, n°158, p.3 ; v. déjà, du même auteur : « projet de loi de modernisation de l'économie : le volet « concurrence » », JCP, E, 2008, n°20, act. 239 (*adde*, du même auteur : « Volet concurrence du projet de loi de modernisation de l'économie, P. Aff., 2008, n°106, p.4) ; J.- L. Fourgoux : « Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse », Gaz. Pal., 2008, n°260, p.2 ; C. Vilmart, E. Leguin : « La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence », Etude, JCP, E, 2008, n°31, p. 1997 ; M. Chagny : « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? », JCP, G, 2008, I, 196, 18.

²⁰⁷ Cela est alors vu comme tendant à une plus grande liberté de négociation entre les fournisseurs et les distributeurs ; Les discriminations étaient prohibées depuis 1953.

²⁰⁸ V. la pratique consistant à « refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en fait la demande », art. L. 442-6, I, 10° C. com. ; la loi ajoute par ailleurs des clauses ou contrats nuls : « celles consistant à bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes et celles visant à obtenir d'un revendeur exploitant une surface de moins de trois-cents mètres carrés, un droit de préférence, dans un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, sur la cession ou le transfert de son activité, ou une obligation de non-concurrence post-contractuelle, ou encore la subordination de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de produits ou services d'une durée supérieure à deux ans », art. L. 442-6, II, d et e C. com.

²⁰⁹ Cette pratique est consacrée alors que la pratique consistant à abuser de la dépendance d'un partenaire commercial disparaît.

Elle apparaît également comme permettant l’appréhension, et la sanction²¹⁰, sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, de clauses de contrats qui créeraient un déséquilibre significatif. Les modifications postérieures du dispositif s’inscriront dans le même objectif, en s’intéressant aux contrats relatifs aux produits agricoles²¹¹, et en prévoyant de nouvelles pratiques prohibées dans le cadre d’une relation contractuelle²¹². Les sanctions ont été également modifiées²¹³.

26. Une évolution par étapes. L’évolution du droit des pratiques restrictives de concurrence pour apparaître aujourd’hui comme une matière permettant le contrôle de contenu des relations contractuelles entre professionnels s’est réalisée au fil des réformes. La succession des réformes²¹⁴ avait pu être critiquée en doctrine. Certains auteurs estiment que ces « fréquentes révisions témoignent de l’efficacité douteuse » du droit des pratiques restrictives de concurrence²¹⁵. D’autres estiment que les pratiques restrictives de concurrence sont « boursoufflées par les réformes »²¹⁶, « contradictoires »²¹⁷ et qu’il s’agit d’une « catégorie

²¹⁰ Ces sanctions sont d’ailleurs complétées par cette loi, l’amende pouvant désormais être portée au triple du montant des sommes indument versées (art. L. 442-6, III, al. 2 C. com.). Il convient de citer également la spécialisation des juridictions, opérées par la même loi, qui implique de déterminer des juridictions qui seront limitativement compétentes pour se prononcer sur des pratiques restrictives de concurrence.

²¹¹ Loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l’agriculture et de la pêche, art. 14, II codifié à l’art. L.442-6, I, 11° à 13° C. com., ces pratiques consistant en des sanctions de règles qui sont édictées au titre de la transparence, not. par les art. L. 441-1-1, L. 441-2 et L. 441-3-1 C. com.

²¹² V. la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Sur cette loi, v. not. : C. Aubert de Vincelles, N. Sauphanor-Brouillaud : « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », D. 2014, p. 879 ; D. Ferrier : « Loi du 17 mars 2014 « relative à la consommation »... et pour un encadrement renforcé des relations entre professionnels », D. 2014, p. 889 ; S. Piedelièvre : « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », JCP, E, 2014, 1176 ; parmi les pratiques visées par cette loi, v. celle qui consiste à obtenir d’un partenaire en cours d’exécution du contrat, « par une demande supplémentaire, le maintien ou l’accroissement abusif de ses marges ou de sa rentabilité » (art. L. 442-6, I, 1° C. com. *in fine*) ; la pratique qui consiste à « passer, régler ou facturer une commande de produits ou service à un prix différent du prix convenu » (art. L. 442-6, I, 12° C. com.) ; *Adde* les règles relatives à l’obligation de stipulation d’une clause de renégociation dans certains contrats, prévues par l’art. L. 441-8 C. com.

²¹³ Par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques ; Sur cette loi, v. not. : D. Ferrier : « La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques... en matière de distribution (?) », D. 2015, p. 1904 ; l’amende civile peut désormais être portée à 5% du chiffre d’affaires hors taxes réalisé en France par l’auteur des pratiques, le juge devant calculer l’amende « de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement » (art. L. 442-6, III, al. 2. C. com.).

²¹⁴ Le premier Président de la Cour de cassation de l’époque, et auteur d’un rapport dans ce domaine (Cf. *Infra*, n°27), G. Canivet parle « d’instabilité réglementaire, source de perturbations économiques », dans sa « présentation » in *Rencontres Petites Affiches*, 22 mars 2005 : « Pratiques dans la distribution : la réforme impossible ? », sous la dir. de M.-A. Frison-Roche, P. Aff. 2005, n°130, p. 3 ; V. aussi la contribution de D. Ferrier : « Les rapports successifs et leurs effets », P. Aff., 2005, n°130, p. 6.

²¹⁵ F. Dekeuwer-Defosse et E. Blary-Clément : *Droit commercial : actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Paris : Montchrestien, Coll. Domat, droit privé, 11^{ème} éd., 2015, n°827.

²¹⁶ Reinhard, S. Thomasset-Pierre, et C. Nourissat, *op. cit.*, n°224.

²¹⁷ M. Martin, *op. cit.*, n°8 où l’auteur estime que les dispositions sont « issues d’une longue série d’interventions législatives aussi contradictoires que souvent impénétrables, et qui traduisent un réel malaise du législateur, elle ne servent pas l’objectif dont elles se réclament, à savoir la libre concurrence ».

assez mouvante et hétéroclite »²¹⁸, dont les « finalités restent incertaines »²¹⁹. D'autres auteurs y voient un « imbroglio » de règles²²⁰, un « bric-à-brac »²²¹, ou encore un « bricolage législatif »²²². D'autres encore estiment que ces réformes sont « ambiguës », et que la « multiplication des infractions n'est pas, bien au contraire, synonyme d'ordre public »²²³. Enfin, un auteur estime que « la prolifération des lois sur les pratiques restrictives, alluvionnaires, insuffisamment méditées, déplorablement rédigées, et assorties d'innovations procédurales insolites, qui se sont succédées dans un désordre certain, est une source de complexité attentatoire à la cohérence de l'ensemble du droit de la concurrence »²²⁴. S'il peut apparaître « instable »²²⁵ ou fait de « lois éphémères »²²⁶, le droit des pratiques restrictives de concurrence ne doit pas apparaître comme dénué de toute logique. L'évolution de la matière apparaît relativement claire en ce qu'elle tend à permettre au juge de vérifier que le contenu des conventions conclues entre professionnels n'y contrevient pas. Dans cette optique, la matière sanctionne des pratiques qui constituent parfois une description d'une pratique observée dans des contrats, ou des pratiques plus larges, comme par exemple autrefois les discriminations, ou aujourd'hui le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

27. L'évolution dans les rapports relatifs au droit des pratiques restrictives de concurrence. Nombre de lois modifiant le droit des pratiques restrictives de concurrence ont été précédées de rapports émettant des propositions, le plus souvent dans le sens d'une

²¹⁸ V. Pironon, *op. cit.*, n°541 ; M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *op. cit.*, n°418 ; V. aussi : J.-L. Fourgoux : « le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? », *in* dossier : « Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ? », CCC, 2006, n°12, 26, spéc. n°9.

²¹⁹ M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°418.

²²⁰ L. Nicolas-Vullierme : *droit de la concurrence, théorie et pratique, op. cit.*, n°366.

²²¹ J.-B. Blaise : *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, Paris : LGDJ-Lextenso, 8^e éd., 2015, n°905, v. aussi, n°950.

²²² J.- C. Fourgoux et J.- L. Fourgoux : « La réforme de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence.- La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 : addition ou soustraction ? », JCP, G, 1996, n°44, 601, n°26 ; D. Ferrier : « Loi du 17 mars 2014 « relative à la consommation »... et pour un encadrement renforcé des relations entre professionnels », D., 2014, p. 889, où l'auteur estime que « les réformes sont plus facilement praticables que les pratiques réformables », réitérant une critique déjà formulée en 2005 *in* « Les rapports successifs et leurs effets », précité.

²²³ M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, n°237 et 238.

²²⁴ G. Decocq : « en guide de synthèse » *in* dossier « Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ? », CCC, 2006, n°12, 30, n°1.

²²⁵ D. Fasquelle : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? Le Titre IV au regard des exemples étrangers : une exception française ? », *in* *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 Evolutions et perspectives*, Colloque, sous la dir. de G. Canivet et L. Idot, Paris : LexisNexis Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p. 111 à 122, spéc. p. 112.

²²⁶ G. Canivet : « L'histoire sans fin des lois éphémères ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution », *in* *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Paris : Dalloz, 2006, p. 69-89.

suppression des règles, ou d'une réduction de leur nombre²²⁷. Plus précisément, après avoir proposé la suppression de l'ensemble des règles²²⁸, sans avoir été entendus par le législateur²²⁹, un tournant peut être observé avec le rapport dit « Canivet »²³⁰, qui, tout en s'inscrivant dans une certaine continuité avec les rapports précédents²³¹, proposait de faire du Titre IV du Livre IV du Code de commerce un ensemble de règles relatifs à la « loyauté dans les pratiques commerciales »²³², et ce faisant, de le voir davantage comme un instrument de régulation du contenu des contrats conclus entre professionnels, et notamment entre fournisseurs et distributeurs²³³. Les rapports suivants insistent également sur le déséquilibre de ces contrats²³⁴,

²²⁷ Pour une étude d'ensemble de ces rapports et de leur influence sur le législateur, V. : M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, th., préf. L. Vogel, PUAM, 2012, n°10 à 30.

²²⁸ V. : Rapport du groupe d'experts pour l'élaboration d'un nouveau droit de la concurrence, présidé par J. Donnedieu de Vabres, 1986 qui préconisait de ne sanctionner pénalement que les refus de vente et les revente à perte, les autres pratiques n'étant plus sanctionnées *per se*, mais seulement en cas d'atteinte au marché ; Sur ce point, v. : J.- M. Mousseron et V. Sélinsky, *op. cit.*, n°137 et 140 ; J.-J. Robert, Rapport d'information sur l'avenir de l'urbanisme commercial, Commission des affaires économiques, juin 1993 ; J.-P. Charié, « Un enjeu de société : vers une concurrence libre et loyale », rapport d'information n°836, 1993 ; v. aussi, du même auteur : « Pour une libre concurrence à dimension humaine : redéfinir les règles de loyauté », Rapport d'information n°2187, 1995 ; C. Villain : rapport sur les relations entre l'industrie et la grande distribution, janvier 1995, qui préconisait la suppression des pratiques restrictives de concurrence ; J.-Y. Le Déaut, rapport d'information n°2072 sur l'évolution de la distribution, enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale le 11 janvier 2000 (<http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i2072-1.asp>), J.-P. Charié, *avant-propos* dudit rapport, p.11, proposant des « améliorations », et une « réorganisation de certaines pratiques de négociation » dans l'objectif de « rééquilibrer les relations commerciales [...] gravement perturbées par l'existence de faits abusifs déloyaux » (p. 118 et s.) ; P. Rey et J. Tirole : Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, rapport, Conseil d'analyse économique, Paris : La documentation française, 2000, spéc. p. 15 où les auteurs estiment que les pratiques restrictives de concurrence sont une « réglementation tatillonne des contrats entre fournisseurs et détaillants » et que le droit des pratiques anticoncurrentielles serait mieux à même de répondre aux problématiques de la grande distribution, tandis que le droit commun pourrait répondre aux difficultés qui se posent dans les relations contractuelles (p. 39).

²²⁹ V. : l'ord. de 1986 qui a bien dépénalisé les pratiques visées dans le rapport, mais pour les sanctionner par un régime de responsabilité civile, *per se*, et non pas simplement pour les voir comme des exemples d'ententes ou d'abus de domination ; loi de 1996 ajoutant des pratiques prohibées au titre des pratiques restrictives de concurrence ; loi de 2005 ajoutant également des pratiques prohibées ; sur ces législations, v. *supra*, n°24-25.

²³⁰ G. Canivet : *rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*, Paris : La Documentation Française, 2004.

²³¹ En effet, le rapport se prononce lui aussi pour une suppression du droit des pratiques restrictives de concurrence, qui pourraient être appréhendées sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles, et qui sont vues comme « entravant la liberté des opérateurs et porteuses de perturbations dans le jeu concurrentiel normal (spéc. p. 99) ; v. aussi, pour une proposition de modification de la législation en matière de prix, accusée d'être factrice d'inflation, M. Camdessus, *le sursaut, vers une nouvelle croissance pour la France*, Paris : la documentation française, 2004, p.114.

²³² Rapp. préc., spéc. p.97.

²³³ Cf. la définition de la coopération commerciale comme un contrat dont le contenu serait prévu par les règles relatives à la transparence, spéc. p. 94 du rapport ; la proposition de l'insertion de la concurrence déloyale dans le Code de commerce, pour permettre dans la loi la distinction entre la sanction d'un comportement déloyal sur le marché, et la sanction des pratiques déloyales entre contractants, spéc. p. 98 et Annexe 3.

²³⁴ J. Attali : *rapport de la commission pour la libération de la croissance française*, Paris : XO Editions, la documentation française, 2008, p.144 et s., où les auteurs insistent sur le gel de la situation du marché avec l'absence de nouvel entrant, ce qui a entraîné un « rapport de force favorable aux enseignes existantes dans les négociations avec leurs fournisseurs, contraints d'accepter des conditions tarifaires et de services inéquitables » (p. 147), et sur le fait que les grandes enseignes de distribution ne « devront pas abuser de leur pouvoir de négociation face aux fournisseurs indépendants » (p. 148).

lesquels ne sont pas suffisamment bien saisis par les règles du droit des contrats²³⁵, et l'un d'eux propose de voir les pratiques restrictives de concurrence à l'image du dispositif consumériste de lutte contre les clauses abusives²³⁶, soit comme un instrument de régulation du contenu des contrats conclus entre professionnels entrant dans le champ d'application de la matière.

28. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, matière permettant un contrôle du contenu des conventions conclues entre professionnels. L'affirmation de l'objectif de contrôle du contenu des conventions conclues entre professionnels pour le droit des pratiques restrictives de concurrence lui permet assurément de dépasser un certain nombre de critiques doctrinales. En effet, la matière a pu être considérée comme une succession de règles « complexes »²³⁷, « pointilleuses »²³⁸, « inefficaces »²³⁹ ou « inutiles »²⁴⁰, « manquant de clarté »²⁴¹, « hétéroclites »²⁴² ou encore « hétérogènes »²⁴³. Pour autant, l'évolution de la

²³⁵ M.-D. Hagelsteen : *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, Paris : La documentation française, 2008, spéc. p. 22.

²³⁶ *Idem*, p. 31.

²³⁷ J.-M. Mousseron, V. Selinsky : *Le droit français nouveau de la concurrence*, 2^{ème} éd., Préf. J. Donnedieu de Vabres, Paris : Litec, Coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1986, n°141 ; J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Arnaud-Grossi, L. Merland et N. Tagliarino-Vignal : *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, 29^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 2012, n°114 ; M. Chagny : « « Modernisation des relations commerciales » par la loi PME du 2 août 2005. D'une action opportune à un résultat décevant sur le droit français de la concurrence », JCP, G, 2005, n°40, I, 173, n°19 et s. ; J.-L. Fourgoux : « La loi en faveur des PME et la modernisation des relations commerciales ou comment faire compliqué quand on peut faire simple », Gaz. Pal., 2005, n°263, p.2 ; Y. Picod, *art. cit.*, in *le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, *op. cit.*, p. VIII.

²³⁸ M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°238 ; M. Martin : *op. cit.*, n°562 ; M. Chagny : « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », précité.

²³⁹ D. Legeais, *op. cit.*, *loc. cit.* ; F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément : *Droit commercial : actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, précité, n°827 ; D. Mainguy, M. Depincé, *op. cit.*, n°142-5 ;

²⁴⁰ M. Malaurie-Vignal : *Droit de la distribution*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2015, n°845, où l'auteur considère que « certaines dispositions sont restées lettre morte », et parle de « gaspillage de temps et d'intelligence », une critique à relativiser puisqu'elle s'adresse à la prohibition des primes de référencement et des avantages sans engagement sur les volumes d'achat ; F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *op. cit.*, *loc. cit.* ; D. Mainguy : « L'esprit et la lettre du nouvel article L.442-6 du Code de commerce », article précité, n°3 où l'auteur estime que « la rigueur de ces textes est un échec cuisant », n°15 où il estime que « la responsabilité ne peut être une technique de régulation des rapports entre fournisseurs et distributeurs », et n°17 où il en conclut qu'il s'agit d'un droit jurisprudentiel ; M. Malaurie-Vignal : « L'article L.442-6 du Code de commerce, une disposition restée lettre morte ? », CCC, 2006, n°6, étude 10, n°2 où l'auteur explique que « l'article L.442-6 du Code de commerce ne sert à rien ! ».

²⁴¹ F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, *op. cit.*, *loc. cit.*, où les auteurs estiment que les textes sont « touffus, peu lisibles et emprunts de casuistique » ; J.-B. Blaise : *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, Paris ; LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 8^e édition, 2015, n°950 ;

²⁴² Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *op. cit.*, n°224 où les auteurs évoquent un rassemblement de « règles disparates » ; V. Pironon, *Droit de la concurrence*, Paris : Gualino Lextenso éditions, Coll. Fac universités, Master pro, 2009 ; J.-L. Fourgoux : « Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? », art. précité, n°9 ; G. Cerutti : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? », in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 Evolutions et perspectives*, Colloque, sous la dir. de G. Canivet et L. Idot, Paris : Lexis-Nexis Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p. 101 ; J.-L. Fourgoux : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? », à l'occasion du même colloque, p. 138.

matière dans le sens d'une appréhension de pratiques situées à l'intérieur même de contrats ou à l'occasion de ceux-ci permet d'analyser les différentes dispositions comme une volonté législative de saisir, parfois très précisément, ces pratiques. Les textes se veulent ainsi très concrets, et nombre d'entre eux ont démontré leur utilité en pratique²⁴⁴.

29. Droit des pratiques restrictives de concurrence et autres dénominations proches. L'étude de l'évolution du droit des pratiques restrictives de concurrence, dans le sens d'un contrôle du contenu des contrats conclus entre professionnels invite à s'interroger sur sa dénomination. Plusieurs expressions peuvent être vues comme synonymes de celle de pratiques restrictives de concurrence, à condition toutefois de prendre un certain nombre de précautions. C'est ainsi qu'inspirés par le Code de commerce lui-même²⁴⁵, certains auteurs parlent, pour les désigner, de « pratiques abusives »²⁴⁶. D'autres, inspirés par l'action, en ce domaine, de l'Union européenne²⁴⁷ et le droit de la consommation²⁴⁸, évoquent les « pratiques commerciales déloyales »²⁴⁹. Ces dénominations sont de prime abord séduisantes, mais s'avèrent être de possibles sources de confusions avec le droit de la consommation. L'expression « pratiques abusives » paraît très proche de celle, consumériste, de « clauses abusives », certains auteurs estimant que l'équivalent de la disposition consumériste est

²⁴³ M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°423 ; J.-L. Fourgoux : Jcl Commercial, Fasc. 281 : *Transparence et pratiques restrictives de concurrence*, 2013, n°8.

²⁴⁴ Pour se convaincre du caractère utile de la réglementation en matière de pratiques restrictives de concurrence, v. N. Ferrier, CEPC, DGCCRF et Faculté de Droit de Montpellier, bilan annuel des décisions judiciaires civiles et pénales, de 2005 à 2012 ; v. aussi : D. Ferré : « Regards sur l'efficacité du titre IV, livre IV du Code de commerce à l'occasion d'un bilan », in Dossier : Droit de la distribution 2007 : bilan(s) et perspective(s), Cah. dr. ent., 2007, n°3, dossier 13.

²⁴⁵ V. C. com. art. L.442-6 IV qui prévoit que « Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire ».

²⁴⁶ V. not. : H. Kenfack, M. Pédamon : *Droit commercial – commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats de commerce*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2011, n°657 ; M. Martin, *op. cit.*, n°299 ; L. Nicolas-Vullierme : *Pratiques restrictives de l'article L.442-6 du Code de commerce*, Fasc. Précité, n°14 ; G. Canivet : « Du rapport du groupe d'experts sur les relations entre industrie et commerce à la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises : un essai (partiellement ?) transformé », in *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, précité, p. 16 ; dans le même *op.* : G. Cerutti : « Les objectifs et les effets attendus de la loi du 2 août 2005 », p. 23 à 29, spéc. p. 25 ; C. Jamin : « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP, G, 1996, n°38. I. 3959 ; J.-P. De la Laurencie, L. Givry et *alii.* : « Loi NRE : régulation de la concurrence », RLDA, 2001, supplément au n°40 ;

²⁴⁷ Cf. *Infra*, n°437 et s. ; n°509 et s. ; Cf. *Supra*, n°14.

²⁴⁸ V. : Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs, et art. L.120-1 C. conso.

²⁴⁹ C. Montfort : *La loyauté des pratiques commerciales en droit communautaire du marché*, thèse dactyl., Université Jean Moulin Lyon 3, 2004, p. 419 et s. ; L. Roberval : *op. cit.*, n°324 et s. ; L. Zevounou : *op. cit.*, n°47 ; M. Chagny : « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ? », in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, évolution et perspectives*, Colloque sous la dir. de E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2012, p. 145 à 156 ; G. Cerutti : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? », in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, évolutions et perspectives*, précité.

apparue dans le Code de commerce²⁵⁰. L'expression « pratiques commerciales déloyales » est identique à l'expression consumériste, mais présente aussi l'avantage d'être celle qui a été retenue par l'Union européenne, qui mène une réflexion pour sanctionner certaines de ces pratiques entre professionnels. Cependant, et même si cela pourra être consacré dans un futur proche, les « pratiques commerciales déloyales » ne font pas, entre professionnels, partie du droit positif. Cette expression peut davantage être vue comme synonyme de celle de pratiques restrictives de concurrence, même s'il conviendra, pour lever tout risque de confusion, de préciser qu'il s'agit alors des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. C'est ainsi que, pour la présente étude, il conviendra d'utiliser l'expression « pratiques restrictives de concurrence », s'agissant de l'étude des règles actuelles, sans s'interdire, dans un cadre plus prospectif, l'usage de celle de « pratiques commerciales déloyales ».

III. Les clauses des contrats conclus entre professionnels, possibles pratiques restrictives de concurrence.

30. Les pratiques restrictives de concurrence et la sanction de clauses. L'évolution du droit des pratiques restrictives de concurrence laisse apparaître la matière comme permettant l'appréhension de clauses contractuelles. La matière intervient ainsi directement sur le contenu des contrats conclus entre professionnels, et elle peut désormais être vue comme édictant des règles de transparence et d'encadrement de la négociation des contrats d'une part²⁵¹, et comme prohibant un certain nombre de pratiques commerciales d'autre part, incluant celles des pratiques qui prennent la forme d'une clause du contrat, « débordant »²⁵² ainsi sur le droit des contrats. Sans négliger l'étude du contrat dans son ensemble, la matière permet donc de s'intéresser à certaines des clauses qui pourraient être la partie émergée d'une pratique prohibée²⁵³, et parfois même, constituer à elles seules, ladite pratique²⁵⁴. L'étude des clauses et des pratiques restrictives de concurrence recèle ainsi de nombreux intérêts.

²⁵⁰ Cf. *Infra*, n°209.

²⁵¹ Cf. not. art. L. 441-7, I C. com. : « Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale » ; V. aussi : art. L. 441-7-1, L. 441-8 et L. 441-9 qui comportent également des références à l'article L. 442-6.

²⁵² M. Chagny : « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », précité, où l'auteur montre que le droit de la concurrence « déborde » sur le droit des contrats.

²⁵³ V. par ex. de pratiques restrictives de concurrence qui peuvent inclure des clauses contractuelles : les obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (art. L. 442-6, I, 2° C. com.), ou l'obtention d'un avantage sans contrepartie (art. L. 442-6, I, 3° C. com.).

²⁵⁴ Art. L.442-6 II C. com.

31. Intérêts théoriques de la recherche. Outre le fait que le droit des pratiques restrictives de concurrence semble être un domaine du droit encore assez peu étudié²⁵⁵, il apparaît que la présente étude présente un caractère assez inédit, du fait qu'il n'existe pas, *a priori*, de travaux doctoraux consacrés à l'appréhension de clauses contractuelles par le droit des pratiques restrictives de concurrence. La présente étude entend ainsi d'abord s'interroger sur la rencontre entre le droit des pratiques restrictives de concurrence et les clauses d'un contrat, après avoir constaté que certaines des pratiques peuvent prendre l'aspect d'une clause contractuelle. La matière apparaît alors comme l'une des seules à ne pas opérer de distinction entre une clause contractuelle et une pratique. Il s'agira également de dépasser une première approche du droit des pratiques restrictives de concurrence qui peut laisser un sentiment de désordre, alors qu'une véritable cohérence semble se dégager dans cette matière qui s'intéresse aux relations contractuelles entre professionnels. Ensuite, la présente étude se propose d'aller au-delà de ces constats pour se demander si la matière ne peut pas s'analyser comme un ensemble de règles régissant, outre les relations au sens large, les contrats conclus entre professionnels, dont tout professionnel doit avoir connaissance avant de conclure un contrat. En d'autres termes, il s'agit de la question de savoir si de la confrontation entre les clauses et les pratiques, qui est réalisée en droit des pratiques restrictives de concurrence, ne peut pas ressortir une analyse différente de cette matière, apparaissant comme un droit spécial du contrat conclu entre professionnels. Sur ce point, la matière promet de demeurer d'actualité²⁵⁶, alors

²⁵⁵ Il existe quelques thèses consacrées au droit des pratiques restrictives de concurrence, v. par ex. : L. Roberval : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire, une spécificité française ?*, thèse, dactyl. Université du Littoral-Côte d'Opale, dir. D. Fasquelle, 2010 ; M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, préf. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, coll. de l'institut de droit des affaires, 2012 ; G. Mallen : *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence, analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, Préf. L. Arcelin-Lécuyer, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014 ; R.- M. Zang-Ndong : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, th. Université Lille II, dir. E. Blary-Clément, dactyl., 2014 ; Le point commun de ces travaux est d'être relativement récents, tandis que les pratiques restrictives de concurrence existent depuis 1986, mais aussi, dans leur majorité, d'être assez critiques à l'égard de la matière, proposant ainsi l'appréhension des pratiques restrictives par le droit des pratiques anticoncurrentielles (cf. : G. Mallen), par le droit commun (cf. : M. Martin), ou montrant que la matière échoue dans son objectif de protection de la partie faible au contrat (cf. : R.- M. Zang-Ndong).

²⁵⁶ L'actualité du sujet a d'ores et déjà été particulièrement riche : outre les applications jurisprudentielles du déséquilibre significatif qui ont eu pour effet les premières décisions de la Cour de cassation en 2015 (not. : Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 et n°14-10.907, 27 mai 2015, n°14-11.387 ; 29 sept. 2015, n°13-25.043), il est possible de citer, sans prétendre à l'exhaustivité, les publications de l'Union européenne dans le domaine des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, ces pratiques s'analysant, au regard de ces publications, notamment comme des clauses, et en particulier le Livre vert du 31 janv. 2013 (COM (2013) 37 final) sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe ; Communication de la Commission du 15 juill. 2014 (COM (2014) 472 final) lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016 (COM (2016) 32 final) sur les pratiques commerciales déloyales

que le droit des contrats vient d'être réformé et intègre désormais le déséquilibre significatif, et alors que l'Union européenne, plus de soixante ans après avoir réglementé les pratiques anticoncurrentielles, semble désormais s'intéresser aux pratiques restrictives de concurrence, qu'elle nomme « pratiques commerciales déloyales entre professionnels ». L'intérêt théorique de la possible évolution du droit de l'Union européenne rejoint alors les intérêts pratiques de la recherche consacrée aux clauses et aux pratiques restrictives de concurrence.

32. Intérêts pratiques de la recherche. Alors qu'au sein du droit des pratiques restrictives de concurrence, semble se dégager une cohérence, la présente étude se propose de participer à la connaissance de cette matière par l'ensemble des professionnels. Ceux-ci étant les destinataires des règles, il est indispensable qu'ils soient à même de déceler les pratiques qui pourraient apparaître sous la forme d'une clause contractuelle. De même, l'étude se concentrera sur les suites de la constatation d'une pratique restrictive de concurrence à l'occasion d'un contrat. Les sanctions, en particulier l'engagement de la responsabilité délictuelle de l'auteur de la pratique interrogent, tandis qu'il est, par hypothèse, lié à la victime par un contrat. De même, la victime pourra hésiter à lancer une action en justice, destinée à sanctionner une pratique restrictive de concurrence, alors que l'auteur de la pratique n'est autre que son cocontractant. Le facteur « crainte » de ces professionnels est cependant pris en compte par le législateur, et il existe d'autres moyens de sanction ou de prévention des pratiques qui permettent de préserver une relation contractuelle.

33. Elaboration de la problématique. Tandis que le sujet invite à associer les clauses et les pratiques restrictives de concurrence, il apparaît que ces deux notions peuvent se rencontrer, s'opposer ou s'additionner. Il s'agit là de tout le sens de la conjonction de coordination « et », présente dans le sujet. Ce terme n'est pas juridique mais se trouve parfois

interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire ; il est également possible de citer, au niveau interne, l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 relative à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui insère la notion de déséquilibre significatif dans l'art. 1171 C. civ. ; l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation qui peut être vue comme renforçant la distinction entre les pratiques et les clauses dans cette réglementation, en retirant notamment les contrats qui étaient réglementées au titre des pratiques commerciales déloyales, pour les atteindre dans un Livre II relatif aux contrats ; V., plus récemment encore, le projet de loi « visant à mieux définir l'abus de dépendance économique », qui a été adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale, le 28 avr. 2016, après que la proposition de loi n°3571 ait été déposé en ce sens le 15 mars 2016, ce projet peut être vu comme tendant à appréhender certains des exemples d'une des pratiques restrictives de concurrence actuelles sur le fondement de l'abus de dépendance économique, c'est-à-dire sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles ; il s'agit de la rupture brutale des relations commerciales établies, qui pourra traduire, si elle respecte les conditions du texte, une pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique : dans le cas où la rupture, même non brutale, risque de compromettre le maintien de l'activité du fournisseur et qu'il ne dispose pas d'une solution de remplacement (Cf., sur ce point, art. unique de la proposition de loi, tendant à ajouter ces conditions à l'art. L. 420-2 C. com.).

au cœur d'études juridiques²⁵⁷, probablement en raison de la richesse de sens de ce terme d'apparence anodin. En effet, il signifie à la fois liaison²⁵⁸, intersection²⁵⁹, addition²⁶⁰ et opposition²⁶¹. Il semble important d'avoir ces différents sens à l'esprit au moment d'établir la problématique. Celle-ci inclura ainsi le sens « opposition » que le terme marque entre les clauses et les pratiques restrictives de concurrence, et plus généralement, entre droit des contrats et droit de la concurrence, ou encore droit commun et droit spécial²⁶². Mais, il convient également de s'attarder sur l'intersection entre ces deux notions, qui peut être constatée au fil de l'évolution du droit des pratiques restrictives de concurrence qui est apparu pour servir le contrôle des prix et s'est mué, au fil des réformes, en un instrument de contrôle du contenu des contrats entre professionnels. Apparaît alors un point de rencontre entre les pratiques restrictives de concurrence et les clauses contractuelles²⁶³. Au-delà d'une simple rencontre, le droit des pratiques restrictives de concurrence réalise un véritable travail de qualification juridique, en saisissant des comportements, des pratiques, pour les qualifier de pratiques restrictives de concurrence, et pour leur appliquer un régime juridique particulier. Dans le cadre de ce travail, les deux notions peuvent sembler s'additionner, alors que la matière ne distingue pas entre un simple comportement et une clause contractuelle, et ne s'empêche pas d'inclure dans une pratique une clause contractuelle, et parfois même, de qualifier de pratique la clause. De même, la présente étude ne pourra faire l'impasse sur le premier sens du terme « et », celui de liaison, qui sous-tend selon un auteur la « possibilité de relations harmonieuses, voire d'une unité »²⁶⁴. Dans cette perspective, la problématique comprend nécessairement une

²⁵⁷ V. pour quelques ex. : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, précité, spéc. n°9 ; M.-S. Payet : *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préf. M.-A. Frison-Roche, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2001 ; G. Ripert : « Ordre économique et liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris : Sirey, 1934 ; M. Malaurie-Vignal : « droit de la concurrence et droit des contrats », D., 1995, p. 51 ; N. Decoopman : « Droit du marché et droit des obligations », in Journée nationale de l'association Henri Capitant, Lille : *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Tome I, 1996, Paris : LGDJ, p. 141 à 153 ; M.-A. Frison-Roche : « Concurrence et contrat », Conférence, Cour de cassation « Droit de la concurrence et droit des contrats », 2004, spéc. n°6-7.

²⁵⁸ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « et ».

²⁵⁹ Larousse, *Dictionnaire de la langue française*, V° « intersection », dont le troisième sens indique « en logique, jonction entre deux relations s'exprimant par « et » ».

²⁶⁰ Dictionnaire de l'Académie française, 8^{ème} éd., 1932-1935 et 9^{ème} éd., 2009, V° « et ».

²⁶¹ Larousse, *Dictionnaire de la langue française*, V° « et ».

²⁶² V. sur le sens « opposition » du terme « et » : N. Decoopman : « droit du marché et droit des obligations », précité, spéc. p. 149 ; M.-A. Frison-Roche : « Concurrence et contrat », Conférence, Cour de cassation, précitée, n°6-7.

²⁶³ Il est possible de prendre la mesure de ce point de rencontre à la lecture de l'art. L. 442-6 du Code de commerce, qui sanctionne des pratiques restrictives de concurrence et des clauses, de manière indifférente, mais plus encore dans les projets européens relatifs aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, et en particulier dans le Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janvier 2013, précité qui, consacré aux pratiques commerciales déloyales, mentionne notamment des clauses.

²⁶⁴ M. Chagny : *op. cit.*, *loc. cit.*

dimension plus théorique visant à appréhender les notions pour comprendre comment il est possible de voir une clause contractuelle comme une pratique, ou plus précisément, comment il est possible d'analyser comme un simple fait juridique la partie d'un acte juridique. La problématique de la présente étude devait alors être fondée sur l'évolution du droit des pratiques restrictives de concurrence, qui va résolument dans le sens d'une appréhension du contenu des contrats conclus entre professionnels, et partant, de ses clauses. Cette évolution permet à la fois de mettre en perspective les modifications qu'a subies la matière, mais aussi de relever les rapports qu'elle entretient avec le droit des contrats. La problématique se fonde également sur l'assimilation des clauses à des pratiques que réalise le droit des pratiques restrictives de concurrence, tandis que ces notions sont nettement distinguées dans les autres branches du droit. Cette assimilation se réalise à travers la qualification de pratique appliquée à des clauses contractuelles, alors que les pratiques se définissent comme des comportements, ce qui, *a priori*, ne correspond pas à une clause contractuelle, qui constitue une partie d'un acte juridique. Cette qualification, dont le critère demeure à déterminer, emporte un effet majeur pour les contractants, celui de pouvoir contester la clause concernée. Le moment de la contestation d'une clause sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence apparaît alors comme celui de l'interrogation quant aux objectifs poursuivis par la matière, mais aussi quant aux sanctions prévues. Ce mécanisme de contestation du contenu des contrats conclus entre professionnels peut alors être vu comme participant de l'évolution de la matière, qui, par cet aspect, apparaît comme un droit spécial des contrats conclus entre professionnels. Ainsi, la problématique posée par le sujet requiert de savoir si l'évolution du droit des pratiques restrictives de concurrence, tournée vers le contrôle des relations contractuelles entre professionnels, n'inclut pas une dimension relative aux clauses contractuelles, qui permettrait la qualification de certaines de ces clauses en pratique restrictive de concurrence, et la contestation de ces clauses sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence. Si la question peut apparaître relativement précise, elle appelle néanmoins quelques restrictions.

34. Restrictions. Du fait du domaine du droit des pratiques restrictives de concurrence, applicable aux producteurs, commerçants, industriels et aux personnes immatriculées au répertoire des métiers, mais également des extensions de ce domaine qui ont pu être réalisées par la jurisprudence²⁶⁵, il convient de restreindre la présente étude aux relations contractuelles entre professionnels, et plus précisément aux pratiques restrictives de concurrence qui peuvent être mises en œuvre par l'un d'eux, à l'occasion d'un rapport contractuel, que celui-ci soit

²⁶⁵ Cf. *Infra*, n°224 et 225.

passé, présent ou même à venir. De plus, alors qu'une étude comparative de plusieurs droits nationaux européens a pu être réalisée dans ce domaine par l'Union européenne²⁶⁶, la présente étude se limite à l'étude du droit français, et des règles de l'Union qui sont applicables dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence qui peuvent prendre la forme de clauses contractuelles, celles-ci participant de l'évolution de la matière puisqu'une harmonisation de ces règles semble envisageable. Pour résumer, la présente étude concerne les rapports contractuels entre professionnels qui sont soumis à la loi française.

35. Plan. Après s'être attaché à démontrer qu'une clause peut être qualifiée de pratique restrictive de concurrence (Première partie), il conviendra de s'étendre sur l'objectif de cette qualification, celui de la contestation de la clause ainsi qualifiée (Section 2).

Première partie : La qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause.

Deuxième partie : La contestation de la clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence.

²⁶⁶ V. not. : Livre vert du 31 janv. 2013 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe (COM (2013) 37 final), et les différentes contributions reçues disponibles sur le site : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/contributions_fr.htm ; Etude sur le cadre juridique couvrant les pratiques commerciales déloyales entre entreprises dans la chaîne d'approvisionnement de détail, Rapport final de la DG Marché intérieur de la Commission européenne, 26 fév. 2014, DG MARKET 2012/049/CE (document en anglais) ; Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 29 janv. 2016 sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (COM (2016) 32 final).

PREMIERE PARTIE : LA QUALIFICATION D'UNE CLAUSE EN PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE.

36. Présentation. L'étude de la qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause suppose de s'attarder sur la possibilité de définir, par la pratique restrictive de concurrence qu'elle recèle, la clause d'un contrat. Cette qualification de la clause permettra de « la rattacher à une catégorie juridique »¹. Cette étude doit en effet permettre de déterminer la raison pour laquelle elle reçoit cette qualité². L'enjeu de cette démarche réside ainsi dans la recherche d'une catégorie juridique qui regrouperait ces stipulations contractuelles, c'est-à-dire le regroupement de ces clauses en raison du fait qu'elles présentent des caractères semblables³. Il s'agira alors de la mise en évidence du ou des critères de qualification des clauses qui mettent en œuvre une pratique restrictive de concurrence. Ces critères constitueront les caractères semblables de ces clauses, qui par définition sont diverses, afin de les regrouper au sein d'une catégorie unique.

37. Annonce. La définition de certaines clauses contractuelles par leur qualification de pratique restrictive de concurrence implique la confrontation de deux notions juridiques distinctes, les clauses d'une part, et les pratiques d'autre part. Alors que les unes font partie intégrante de l'acte juridique, les autres relèvent du fait, des comportements. Ces caractères, *a priori* incompatibles, se combinent parfois en droit positif. Pour autant, le droit hésite entre distinction de ces deux notions, ou assimilation (**Titre 1^{er}**). La définition de la nature de pratique restrictive de concurrence d'une clause suppose ensuite la recherche d'un critère de qualification (**Titre 2**). Seul ce critère permettra de regrouper l'ensemble des clauses mettant en œuvre une pratique restrictive de concurrence en une catégorie unique.

¹ G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2016, (cité *Infra* : G. Cornu : *Vocabulaire juridique*) V° « qualifié », sens 1.

² E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, Paris : Librairie Hachette, 1873, (cité *Infra* : E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*) V° « qualification », sens 2.

³ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « catégorie ».

TITRE 1^{ER} : CLAUSES ET PRATIQUES, ENTRE DISTINCTION ET ASSIMILATION.

38. Annonce. Les clauses et les pratiques sont deux notions juridiques distinctes que le droit de la concurrence assimile, ce qui n'est pas sans poser question. Le terme « pratiques » n'est pas complété par le qualificatif « restrictives de concurrence » puisque, précédemment à l'étude de ce type de pratiques, il convient de s'attarder sur la notion elle-même. Si on admet que les clauses font partie intégrante des contrats, partant des actes juridiques, et que les pratiques sont des comportements de fait, sanctionnées comme faits juridiques illicites par le droit de la responsabilité civile, la distinction entre les deux termes transparait aisément (**Chapitre 1^{er}**). Cependant, cette distinction ne se retrouve pas en droit commercial. Dans cette matière, des clauses sont sanctionnées sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence, marquant une assimilation des deux termes (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1^{ER} : LA DISTINCTION DES CLAUSES ET DES PRATIQUES.

39. Annonce. La mise en évidence de la distinction entre clauses et pratiques s'insère au cœur d'une distinction fondamentale du droit privé, celle opérée entre actes juridiques et faits juridiques, sur laquelle il convient de s'attarder de manière préliminaire (Section préliminaire). C'est ainsi que les clauses s'appréhendent comme des parties de l'acte juridique (Section 1), alors que les pratiques s'analysent comme des faits juridiques (Section 2).

SECTION PRELIMINAIRE : LA DISTINCTION ENTRE ACTES JURIDIQUES ET FAITS JURIDIQUES.

40. Annonce. La distinction entre actes juridiques et faits juridiques constitue la *summa divisio* des sources du droit des obligations (§1), qui permet en conséquence de distinguer clauses et pratiques (§2).

§1 : La *summa divisio* des sources du droit des obligations.

41. Une distinction doctrinale. La doctrine a mis en évidence la « *summa divisio* »¹ des sources du droit des obligations entre les actes juridiques et les faits juridiques alors même qu'elle n'existait pas en tant que telle dans le Code civil. Les auteurs procèdent, en effet, à une classification des obligations selon que leur source soit un acte juridique ou un fait juridique². Jusqu'à récemment, le Code civil se cantonnait à suggérer cette classification dans son plan, distinguant entre les « obligations conventionnelles en général »³ et les « engagements qui se

¹ Pour reprendre l'expression de Gaïus, Institutes, c.3, §88 ; Cette expression a été utilisée dans ce domaine par ex. par C. Caillé : « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à J.- L. Aubert, Paris : Dalloz, 2005, p. 55-66, n°2.

² V. par ex. : G. Marty, P. Raynaud : *Droit civil. Les obligations*, 2^{ème} éd., t. I : *Les sources*, Paris : Sirey, 1988, n°20-21 ; J. Carbonnier : *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis Droit privé, 2000, n°11 ; P. Delebecque, F.- J. Pansier : *Droit des obligations, contrat et quasi-contrat*, 6^{ème} éd., Paris : LexisNexis, coll. Objectif droit, cours, 2013, n°18 ; *Droit des obligations : responsabilité civile, délit et quasi-délit*, 6^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, coll. Objectif droit, cours, 2014 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Paris : Defrénois, Lextenso éditions, 2015, n°8 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *Droit civil les obligations*, 11^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2013, n°5 et 16 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, Tome 1 : *Contrat et engagement unilatéral* (2012) et Tome 2 : *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis Droit, 2013, p.9 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux : *Droit civil, les obligations, 1 – l'acte juridique*, 15^{ème} éd., 2012 et 2 – *le fait juridique*, 14^{ème} éd., 2011, Paris : Sirey Coll. Université, n°60 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *Droit civil. Les obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2014, n°50 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet : *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, Coll. Manuels, 2012, n°25-26 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 5^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso Editions, Coll. Manuels, 2015, n°17.

³ Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit dans contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Titre III : « Des contrats ou obligations conventionnelles en général » du Livre III du Code civil : « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ».

forment sans convention »⁴. En réalité, le Code civil semblait davantage distinguer entre engagements conventionnels et engagements sans convention plutôt qu'entre acte juridique et fait juridique. Cependant, une lecture plus détaillée des premières dispositions de chacun des titres permettait de mettre en évidence la distinction. L'ancien article 1101 du Code civil prévoyait en effet la convention comme un engagement d'une personne envers une autre⁵. Il s'agit d'un acte juridique. A l'inverse, le dernier alinéa de l'ancien article 1370 du Code civil prévoyait que les « engagements qui résultent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou des quasi-délits »⁶. Cette disposition suggérait au lecteur la source des engagements qui se forment sans convention, le « fait personnel ». Il s'agit d'un fait juridique.

La distinction n'étant pas, jusqu'à aujourd'hui, clairement exprimée dans le Code civil, la doctrine l'a mise en évidence pour distinguer deux sources d'obligations, mais aussi pour distinguer le régime qui diffère selon la source de l'obligation, acte juridique ou fait juridique. Cette entreprise doctrinale n'est pas récente. C'est ainsi que l'on peut trouver dans les Institutes de Gaius la *summa divisio* lorsque l'auteur expliquait que « les obligations naissent les unes d'un contrat, les autres d'un délit »⁷. A cette époque, le contrat est un acte doté de formes précises, qui sont exigées par le *jus civile*⁸, et ne correspond pas à toutes les conventions. De même, les délits sont ceux qui sont sanctionnés par le *jus civile*⁹. L'auteur donnera ensuite une classification tripartite entre contrat, délit et *variae causarum figurae*, les différentes figures de cause. Cela inclut les quasi-délits et les quasi-contrats, mais cette expression est postérieure¹⁰. En revanche, une classification quadripartite est opérée par Justinien, entre contrat, comme d'un contrat, délit et comme d'un délit¹¹. Au XVIII^{ème} siècle, Pothier distinguera entre cinq

⁴ Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 : Titre IV : « Des engagements qui se forment sans convention » du Livre III du Code civil.

⁵ Avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, l'anc. art. 1101 du Code civil prévoyait que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

⁶ Avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, l'anc. art. 1370 al.4 du Code civil disposait que « Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou des quasi-délits ; ils font la matière du présent titre ».

⁷ Institutes de Gaius, c.3, §88 : « Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur ; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto ». Ce texte de Gaius et sa traduction peuvent être retrouvées in M.-L. Domenget : *Institutes de Gaius, contenant le texte et la traduction en regard*, Paris : A. Marescq aîné, libraire-éditeur, 1866, p.347 : « Passons maintenant aux obligations : la grande division des obligations est celle qui distingue les obligations qui naissent d'un contrat et les obligations qui naissent d'un délit ».

⁸ V. A. Castaldo et J.-P. Lévy : *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2010, n°439.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem* et *Aurei Res Cottidianae* de Gaius ; V. pour une étude détaillée, v. : C. Teixeira : *La classification des sources du droit des obligations du droit romain à nos jours*, thèse, dactyl., Lyon, 2011, spéc. p. 15 à 43.

¹¹ A. Castaldo et J.-P. Lévy : *op. cit., loc. cit* ; Institutes de Justinien, Livre III, titre XIII, §2 : « Sequens divisio in quatuor species deducitur : aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu, aut ex maleficio aut quasi ex

sources d'obligations : le contrat¹², le fait¹³ (qui regroupe le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit), et la loi¹⁴.

La distinction est revenue au cœur du débat doctrinal au cours du XX^{ème} siècle. Demogue a en effet mis en évidence que « les obligations ont toutes pour source un fait juridique »¹⁵. Au sein des faits juridiques, il distingue ensuite entre les faits juridiques *lato sensu* et les faits juridiques *stricto sensu*, qui « suffisent à créer, modifier ou éteindre un rapport de droit »¹⁶. Au sein de cette catégorie, apparaissent alors les faits juridiques qui ne comprennent pas la volonté d'un homme et ceux qui, au contraire, la comportent, comme le contrat ou l'acte illicite. Il s'agit de « faits juridiques volontaires »¹⁷. Parmi ceux-ci, l'auteur distingue selon leurs effets juridiques, qui peuvent ne pas dépendre de l'intention de l'auteur pour le délit, ou « avoir été accomplis en vue de produire un effet de droit, tels les conventions, les testaments, les renonciations volontaires », pour les « actes juridiques »¹⁸. Pour Demogue, les actes juridiques sont donc « tous les faits juridiques volontaires conformes à la volonté de leur auteur qui produisent un effet de droit »¹⁹, prenant soin d'évincer les « faits volontaires illicites, comme l'occupation, la prise de possession »²⁰, car ils ne « comportent pas toujours des conséquences conformes à la volonté de leur auteur »²¹. C'est ainsi que l'auteur mentionne les actes juridiques comme un type particulier de fait juridique.

Puis, dans la lignée de l'ouvrage précurseur de Domat²², des auteurs ont divisé les sources des obligations en deux catégories : les faits juridiques, qui sont indépendants de la

maleficio. Ce texte de Justinien et sa traduction peuvent être retrouvés in A.-M. Du Caurroy : *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, Tome second, 7^{ème} éd., Paris : G. Thorel, libraire, Toussaint, Libraire, 1846, p. 104 : « Vient ensuite une division en quatre branches. En effet, les obligations existent par un contrat, ou comme par un contrat, par un délit ou comme par un délit » ; V. pour une étude détaillée, C. Teixeira : *op. cit.*, p. 44 à 49.

¹² R.-J. Pothier : *Traité des obligations*, Tome 1, Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Bibliothèque, réédition de l'ouvrage de 1761-1764 en 2011, n°3 ; Cette distinction est ensuite largement reprise en doctrine, v. par ex. : A. Vigier : *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^{ème} éd., Tome 2, Paris : LGDJ Arthur-Rousseau, 1895, n°1099 ; G. Baudry-Lacantinerie, G. Chéneaux : *Précis de droit civil*, 11^{ème} éd., tome 2, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1913, n°3 ; M. Planiol, G. Ripert : *Traité élémentaire de droit civil*, 11^{ème} éd., Tome 2, Paris : LGDJ, 1931, n°806.

¹³ R.-J. Pothier : *op. cit.*, n°113.

¹⁴ R.-J. Pothier : *op. cit.*, n°123.

¹⁵ R. Demogue : *Traité des obligations en général*, Tome 1, *source des obligations*, Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1923, n°11 ; V. déjà, ayant la même analyse : H. Capitant : *Introduction à l'étude du droit civil Notions générales*, 5^{ème} éd., Paris : A Pédone, 1929, n°228.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ R. Demogue : *op. cit.*, n°12.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² J. Domat : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2^{ème} éd., Tome I et II, Paris : P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, 1697, spéc. tome II, p. 23 où l'auteur explique que le plan de son étude distingue entre « deux espèces d'engagements, l'une de ceux qui se forment par la volonté mutuelle de deux ou plusieurs personnes [...] et l'autre de ceux qui se forment sans volonté mutuelle, mais seulement par le fait de celui qui s'engage », les premiers étant traités dans le premier tome, et les seconds, dans le second tome.

volonté de leur auteur, et les actes juridiques, dans lesquels « la volonté tend vers un but juridique »²³. C'est ainsi que la volonté apparaît comme « l'élément essentiel de tout acte juridique »²⁴. D'autres auteurs ont estimé que l'ensemble des obligations « dérivent de la loi »²⁵. Pour eux, les obligations contractuelles ont également pour source la loi, mais supposent également « une déclaration de volonté ayant pour objet leur création »²⁶. Cela constitue un « élément caractéristique, qui justifie une catégorie spéciale »²⁷. Ces auteurs érigent la loi qu'évoquait déjà Pothier au sein des sources des obligations, comme la source unique de toutes les obligations, sans pour autant nier la distinction subséquente entre les obligations qui naissent d'un acte juridique et celles qui naissent de la loi, c'est-à-dire d'un fait juridique²⁸. Cette source unique pour l'ensemble des obligations semble se heurter aux contributions postérieures qui replacent la loi comme une des sources des obligations mais non comme la source unique de toutes les obligations²⁹. De plus, ces auteurs n'ont pas remis en cause la déclaration de volonté, nécessaire à la création d'un acte juridique.

42. Une distinction fondée sur la volonté largement admise en doctrine. Depuis la seconde partie du XX^{ème} siècle, la distinction entre les actes et les faits juridiques est largement admise en doctrine et repose sur une définition assez unanime de ces deux éléments. En effet, pour une large part de la doctrine, l'acte juridique est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit³⁰. Le fait juridique est, quant à lui, un évènement, volontaire ou

²³ H. Capitant : *op. cit.*, n°230 : « L'acte juridique est une manifestation extérieure de volonté faite en vue de transmettre, modifier ou éteindre un droit et qui produit l'effet voulu par son auteur parce que le droit sanctionne cette manifestation de volonté ». Ainsi, pour l'auteur, dans l'acte juridique, la « volonté tend vers un but juridique », et le « droit y attache un effet juridique parce que cet effet a été voulu par l'auteur ».

²⁴ H. Capitant, *op. cit.*, n°236 ; J. Martin de la Moutte : *L'acte juridique unilatéral*, thèse, préf. P. Raynaud, Paris : Recueil Sirey, 1951, n°11, où l'auteur explique que la « volonté a un rôle essentiel dans le contrat et accessoire dans le délit » ; V. pour une étude d'ensemble, N. M. K. Gomaï : *théorie des sources de l'obligation*, thèse, Paris : LGDJ, 1968, n°230 et s.

²⁵ M. Planiol et G. Ripert : *Traité pratique de droit civil français*, Tome IV, *Obligations, première partie* par P. Esmein, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1952, n°7.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ V. plus récemment : A. Bénabent : *Droit des obligations*, 13^{ème} éd., Paris : Montchrestien-Lextenso Editions, Coll. Domat Droit privé, n°3 ; M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, Tome 2, p.1 ; V. pour une étude détaillée, C. Teixeira, *op. cit.*, p. 242 à 247 ; *Contra*, considérant que la loi doit être regardée comme un acte juridique : P. Jestaz : « Une révolution inaperçue. A propos de l'acte juridique », *RTD Civ.*, 2014, p. 67.

²⁹ V. par ex. : J. Carbonnier, *op.cit.*, n°11 ; N. M. K. Gomaï, *op. cit.*, n°236 où l'auteur classe les sources des obligations en trois branches, les considérations philosophiques et sociologiques, la loi positive, et les faits juridiques.

³⁰ V. not. : H. Capitant : *op. cit.*, n°230 ; J. Martin de la Moutte : *op. cit.*, n°17 ; J. Carbonnier : *op. cit.*, *loc. cit.* ; P. Malinvaud, D. Fenouillet : *op. cit.*, n°25 ; P. Malaurie et L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op.cit.*, n°8 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op.cit.*, n°5 ; M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, Tome 1, p.9 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux : *op. cit.*, n°55 et 60 ; B. Fages : *op.cit.*, n°17 ; *Adde*, critiquant cette définition comme « ne renseignant guère celui qui aborde une notion aussi fondamentale » : P. Jestaz : *op. cit.*

non, qui produit des effets juridiques³¹. Un dictionnaire définit l'acte juridique comme la « manifestation de volonté ayant pour objet de produire une conséquence juridique » mais aussi comme au sens de *negotium*, comme « l'opération juridique », et au sens d'*instrumentum*, comme « l'écrit rédigé en vue de constater un acte juridique »³². Le fait juridique est défini très largement comme « tout ce qui arrive, tout évènement »³³, ou comme une « réalité tangible et matérielle »³⁴. A la lecture de ces définitions, apparaît un critère de distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques : la volonté de l'auteur³⁵. Cependant, il est nécessaire de préciser qu'il ne s'agit pas simplement de la volonté d'accomplir un acte ou un fait juridique. Ce critère ne serait pas suffisant puisque des faits juridiques peuvent être volontaires³⁶. Il s'agit de la volonté de voir l'acte produire des conséquences juridiques³⁷. En effet, le fait juridique est un évènement dont les conséquences juridiques ne sont pas voulues par son auteur³⁸.

Ce critère de distinction apparaît à l'analyse comme essentiel car, comme un auteur le propose, les deux termes « acte » et « fait », non complétés par le qualificatif « juridique » et par la mise en évidence de ce critère de distinction, ne sont que des termes « vagues et changeants »³⁹. En effet, le terme « fait » désigne un « acte »⁴⁰ « chose faite, un acte », ou encore scientifiquement, toute « chose dont on a reconnu, constaté la réalité »⁴¹. Le terme est aussi décrit comme « s'opposant au droit », et comme désignant une « conduite »⁴². Le terme « acte » est « un terme très général qui, se rapportant à agir, s'applique à tout ce qu'on fait ou

³¹ V. not. J. Carbonnier, *op. cit.*, *loc. cit.* ; P. Malinvaud et D. Fenouillet : *op. cit.*, n°26 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op.cit.*, *loc. cit.* ; M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, *loc. cit.* ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux : *op. cit.*, n°60 ; B. Fages : *op.cit.*, *loc. cit.*

³² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, précité, V° « acte ».

³³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, précité, V° « fait ».

³⁴ T. Janville : *La qualification juridique des faits*, thèse, Préf. S. Guinchard, PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2004, n°8.

³⁵ Le critère était mis en évidence par ex. par H. Capitant : *op. cit.*, n°230 : « La volonté a un rôle prépondérant, c'est ce qui distingue [l'acte juridique] des autres actions de l'homme ».

³⁶ C'est ainsi que les faits juridiques qui entraînent la responsabilité civile peuvent être volontaires. La volonté de l'auteur ne s'étend pourtant pas aux conséquences juridiques du fait générateur de responsabilité.

³⁷ V. par ex. : J. Martin de la Moutte : *op. cit.*, n°17 qui insiste sur le fait que la « volonté du résultat produit est nécessaire ». L'auteur définit l'acte juridique comme une « manifestation de volonté provoquant des effets de droit », ces « effets de droit sont voulus par l'auteur de l'acte », et ces « effets ne peuvent apparaître et n'apparaissent seulement que s'il existe chez l'auteur de l'acte la volonté de les produire, cette volonté étant absolument nécessaire » ; S. Obellianne : *Les sources des obligations*, th., préf. D. Fenouillet, PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2009, n°60 ; P. Jestaz : *op. cit.*, qui précise que la manifestation de volonté doit être « nécessaire à la production des effets recherchés » ; Adde : J. Ghestin : « La notion de contrat, D., 1990, p. 147.

³⁸ La mise en évidence de cette définition est largement partagée par la doctrine, v. par ex. : H. Capitant : *op. cit.*, *loc. cit.* ; J. Martin de la Moutte : *op. cit.*, *loc. cit.* ; J. Carbonnier, *op. cit.*, *loc. cit.* ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op.cit.*, n°5 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux : *op. cit.*, n°60 ; B. Fages : *op.cit.*, *loc. cit.* ; M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, *loc. cit.* ; C. Sévely-Fournié : *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé*, thèse, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2010, n° 8 et 9 ; C. Caillé : *op. cit.*, n°12.

³⁹ J. Carbonnier, *op. cit.*, n°12.

⁴⁰ Larousse, *Dictionnaire de la langue française*, V° « fait ».

⁴¹ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « fait », sens 1 et 8.

⁴² *Ibidem*, sens 7 et 10.

qu'on peut faire », ou « ce qui est réalisé ». Il s'agit de l'idée « que quelque chose se fait »⁴³. Ensuite, lorsqu'on s'intéresse aux verbes dont sont issus ces termes, « agir » signifie « faire quelque chose »⁴⁴. S'agissant du terme « faire », le dictionnaire indique que ce terme « exprime au sens actif ce que agir exprime au sens neutre et au sens déterminé et appliqué à un objet ce que agir exprime au sens indéterminé et abstrait »⁴⁵. Cette définition semble rapprocher les deux termes en précisant qu'il s'agit de deux aspects d'une même action. Il est pourtant indispensable de ne pas confondre ces termes qui, lorsqu'ils prennent un sens juridique, se distinguent plus nettement. Ainsi, le terme « fait » est décrit comme « tout évènement susceptible de produire des effets de droit, d'avoir des conséquences juridiques »⁴⁶. Le terme « acte » s'analyse quant à lui comme la « manifestation concrète de l'activité volontaire de quelqu'un, toute action humaine adaptée à une fin »⁴⁷. C'est à la lecture de ces définitions qu'apparaît le critère de distinction, la volonté de l'homme de voir se produire les conséquences de l'acte. Le critère de distinction fondé sur la volonté a été repris par le législateur dans sa récente réforme du droit des obligations.

43. Une distinction d'origine doctrinale aujourd'hui consacrée par le Code civil.

La récente réforme du droit des contrats a été l'occasion pour le législateur d'insérer, en tête du Titre III du Livre III du Code civil, trois dispositions relatives à la distinction entre les actes et les faits juridiques. Après avoir consacré la distinction entre les sources des obligations en précisant que les « obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi »⁴⁸, le Code civil définit désormais les actes et les faits juridiques. « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit »⁴⁹, et « les faits juridiques sont des agissements ou des évènements auxquels la loi attache des effets de droit »⁵⁰. Ces nouveaux textes apportent une consécration de la distinction doctrinale entre les actes et les faits juridiques. La distinction consacrée est ainsi fondée sur le critère de la volonté, étant précisé qu'il ne peut s'agir que de celle de voir l'acte produire des effets de droit. En effet, la définition de l'acte juridique doit se comprendre comme comportant deux éléments cumulatifs : d'abord, une manifestation de volontés, mais aussi, destinée à produire des effets de droit. En cela, le critère de distinction semble repris des travaux doctrinaux consacrés à la

⁴³ E. Littré : *op.cit.*, V° « acte », sens 1 et 3.

⁴⁴ E. Littré : *op. cit.*, V° « agir ».

⁴⁵ E. Littré : *op. cit.*, V° « faire ».

⁴⁶ Larousse : *Dictionnaire de la langue française*, V° « fait ».

⁴⁷ Larousse : *Dictionnaire de la langue française*, V° « acte ».

⁴⁸ Après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1100 C. civ.

⁴⁹ Après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1100-1 C. civ.

⁵⁰ Après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1100-2 C. civ.

question. S'agissant des faits juridiques, tandis que ceux-ci étaient traditionnellement définis comme des évènements en doctrine, le législateur a ajouté les « agissements ». Cela semble permettre de tirer les conséquences du critère de distinction en incluant dans la catégorie des faits juridiques à la fois les évènements qui sont involontaires, mais aussi les agissements qui sont volontaires, sans que les effets que la loi y attache aient été recherchés par leur auteur. Ainsi, le Code civil semble avoir repris la distinction doctrinale fondée sur la volonté. Désormais légalement consacrée, la distinction ne peut en sortir que renforcée. Cette même distinction se retrouve entre les clauses et les pratiques.

§2 : La distinction entre clauses et pratiques à travers le prisme de la *summa divisio* du droit privé.

44. Identité de la distinction. La distinction opérée entre les actes juridiques et les faits juridiques trouve à s'appliquer entre les clauses et les pratiques. A la lecture de la définition de « clause »⁵¹, il apparaît que celle-ci, faisant partie intégrante du droit des obligations, revêt une nature juridique particulière : celle d'acte juridique. La clause, telle qu'entendue dans le cadre de la présente étude, est ainsi définie comme la partie d'un acte juridique⁵² qui peut n'en comporter qu'une seule, plusieurs, ou une multitude. Par exemple, un contrat de prêt entre particuliers peut ne comporter qu'une seule clause. Un bail commercial ou un contrat de distribution entre professionnels en comportera plusieurs, et le plus souvent un grand nombre afin de préciser les modalités de la relation contractuelle. Au sein des actes juridiques, la clause est la partie de l'acte, la partie d'un contrat⁵³ ; Elle est ainsi entendue comme contractuelle.

Pourtant, il ne faut pas nier que peuvent avoir été mises en évidence des clauses qu'il serait possible de qualifier de délictuelles, en ce que leur mise en œuvre ne semble pas permettre de faire apparaître un contrat. Ainsi il n'est pas rare que, dans certains lieux publics ou lieux recevant du public, soient affichées des clauses qui visent à déclinier ou à réduire la responsabilité de l'établissement en cause ou qui visent à réduire la liberté des personnes dans l'établissement en cause. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité délictuelles ne sont pas admises par la jurisprudence⁵⁴, même si la doctrine l'y invite parfois⁵⁵, puisque la

⁵¹ Cf. *Supra*, n°3 et s.

⁵² Même si la catégorie des actes juridiques est plus large que celle de contrat, car elle englobe par exemple les actes juridiques unilatéraux, le contrat se définit comme l'acte juridique, il s'agit d'un « accord de volontés destiné à produire des effets de droit ». V. par ex. J. Ghestin : « La notion de contrat », D. 1990, p. 147.

⁵³ M. Mekki : « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie) », RDC, 2006, n°4, p. 1051, dont l'article commence comme suit : « Quoi de plus banal qu'un contrat défini comme un ensemble de clauses contractuelles ? ».

⁵⁴ V. par ex. Cass., Civ., 2^{ème}, 28 nov. 1962, Bull. civ., n°755 : En matière de responsabilité quasi-délictuelle, « sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité ».

responsabilité délictuelle est d'ordre public⁵⁶. Il résulte de cette jurisprudence qu'il convient de distinguer les situations dans lesquelles il existe un contrat, de celles dans lesquelles aucun contrat n'est conclu. Dans les situations contractuelles, une limitation de la responsabilité est possible, tandis que dans celles où aucun contrat n'a été conclu, cela est prohibé. Plus généralement, sans oublier qu'un contrat peut être tacite, et qu'il peut ne contenir qu'une seule clause, il convient de rappeler que l'élément fondamental de la distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques est la volonté, qui, en l'occurrence, doit avoir été manifestée par les parties au contrat. Si celle-ci peut être démontrée, alors la caractérisation du contrat ne fera aucun doute. En revanche, en l'absence de volonté, il sera indispensable de considérer que les clauses n'ont aucun effet. Ainsi, il apparaît que les clauses délictuelles ne peuvent exister. La clause, en tant que partie de l'acte juridique, fait résolument partie de cette catégorie, et ne peut faire partie de la catégorie des faits juridiques.

Il en va différemment pour la pratique. Lors de la définition de ce terme⁵⁷, il est apparu qu'il s'agissait d'un comportement. Ce comportement aura des conséquences juridiques, mais il ne saurait relever de l'acte juridique : il fait partie intégrante du fait juridique. En effet, la mise en œuvre d'une pratique correspond à l'adoption d'un comportement par un acteur juridique – par hypothèse, un professionnel, dans le cadre de la présente étude – sans que celui-ci puisse avoir recherché les conséquences de ce comportement, la qualification de pratique restrictive de concurrence. Ces comportements sont sanctionnés par la loi commerciale sur le fondement de la responsabilité délictuelle⁵⁸, c'est-à-dire celle qui s'applique aux faits juridiques illicites en droit commun⁵⁹.

⁵⁵ J. Arbas : *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, thèse, préf. F. Leduc, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2008, n°13s, et n°249 où l'auteur propose de consacrer la possibilité de telles stipulations.

⁵⁶ Plus précisément, le droit à indemnisation est une règle à valeur constitutionnelle, sur ce point, v. : Cons. const., déc. n°82-144 du 22 oct. 1982 relative à la loi pour le développement des institutions représentatives du personnel, où le Conseil considère (spéc. n°3) que « nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » ; F. Terré, Y. Lequette, P. Simler : « *Droit civil, les obligations* », 11^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Précis, 2013, n°686.

⁵⁷ Cf. *Supra*, n°9 et s. not. n°15.

⁵⁸ Les premiers termes de l'art. L.442-6 I. C. com. sont ainsi rédigés : « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait... ».

⁵⁹ Les art. 1240 et s. C. civ. sanctionnent par la responsabilité délictuelle des faits juridiques qui sont alors qualifiés de fautifs (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1382 et s.).

SECTION 1 : LES CLAUSES, PARTIES DE L'ACTE JURIDIQUE.

45. Annonce. Les clauses constituent les parties de l'acte juridique. Les actes juridiques, contrats ou actes unilatéraux, sont composés d'au moins une clause. Certaines de ces stipulations peuvent se trouver dans les contrats entre professionnels et font l'objet de dispositions du Code civil (§1). Malgré cette limitation aux contrats entre professionnels, l'étude de l'appréhension des clauses par le droit de la consommation permettra de s'attarder sur une législation qui prend soin de ne pas confondre les clauses et les pratiques commerciales déloyales (§2).

§1 : Les clauses saisies par le droit commun.

46. Des clauses réglementées. Le droit civil prévoit la sanction d'un certain nombre de clauses qui peuvent se trouver dans les contrats conclus entre professionnels. Au-delà de l'étude d'exemples significatifs de clauses réglementées, il apparaît que les clauses sont saisies en droit commun par des dispositions régissant les rapports contractuels de manière plus générale⁶⁰. En tant que parties de l'acte juridique, les clauses doivent en effet remplir les conditions requises par le droit des contrats pour leur validité, comme le consentement par exemple. C'est ainsi que la loi réglemente certaines clauses (A), mais que c'est également la jurisprudence qui, dans le silence de la loi, est intervenue pour fixer un cadre concernant d'autres clauses (B).

A. Les clauses saisies par la loi.

47. Un nombre limité de clauses atteintes par la loi. Pour se limiter au droit commun des contrats, contenu dans le Code civil⁶¹, il est possible de mettre en évidence des clauses que la loi a considérées comme suffisamment sensibles pour être réglementées. C'est ainsi qu'il faut considérer ces incursions législatives dans le domaine des clauses comme exceptionnelles, le principe demeurant la liberté d'intégrer telle ou telle clause dans un contrat, à condition de respecter les conditions de validité générales que donne la loi⁶². Sans prétendre à l'exhaustivité, en raison d'une limitation aux clauses qui peuvent se trouver dans les contrats conclus entre professionnels, certaines clauses sont spécifiquement réglementées ou prohibées par la loi.

⁶⁰ G. Helleringer : *Les clauses du contrat, essai de typologie*, thèse, Préf. L. Aynès, Post. F. Terré, Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Bibl. de dr. privé, Tome 536, n°12 où l'auteur explique que le Code civil « fournit peu de règles applicables aux clauses » et que ce sont les « règles les plus communes » qui s'appliquent.

⁶¹ Pour les clauses saisies dans le droit spécial, V. *Infra*, n°66, pour le droit de la consommation.

⁶² C'est d'ailleurs sur le fondement de ces conditions générales de validité que la jurisprudence a pu atteindre d'autres clauses et dégager un véritable régime spécifique pour celles-ci, Cf. *Infra*, n°54 et s.

48. Clauses privant l'obligation essentielle de sa substance et clauses créant, dans les contrats d'adhésion, un déséquilibre significatif. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016⁶³, le Code civil contient des dispositions ayant vocation à s'appliquer à des clauses, sans que celles-ci n'aient reçu de qualification particulière⁶⁴. Ainsi, toutes les clauses d'un contrat semblent pouvoir être analysées au regard de ces textes. Concernant les clauses qui privent l'obligation essentielle du contrat de sa substance, la réforme apparaît comme une consécration de la jurisprudence relative aux clauses limitatives de responsabilité⁶⁵. Les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties paraissent, quant à elles, *a priori*, permettre une appréhension de toute clause contractuelle qui créerait un déséquilibre significatif. Le législateur a cependant limité le champ d'application de l'article, en excluant les contrats qui ont fait l'objet d'une négociation⁶⁶, mais aussi les clauses relatives à l'objet du contrat ou au prix de la prestation⁶⁷. Pour autant, il s'agit d'une disposition plus large que les règles traditionnelles du Code civil⁶⁸ qui ne régissaient que des clauses spécifiquement qualifiées.

49. La clause pénale. Lorsqu'on évoque les clauses qui sont réglementées par la loi, la première qui vient à l'esprit est la clause pénale, qui est une clause particulière puisqu'elle est modulable par le juge. Cette clause était légalement définie comme « celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution »⁶⁹. La loi précisait également que cette clause prévoit une compensation en dommages et intérêts que le débiteur devra au créancier en cas d'inexécution de l'obligation principale⁷⁰. Désormais, le terme de « clause pénale » a disparu du Code civil, même si celui-ci prévoit que le contrat peut stipuler que « celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts »⁷¹. C'est ainsi que cette clause demeure possible, et possède un double caractère, indemnitaire d'abord, mais aussi comminatoire, puisqu'elle

⁶³ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016, précitée.

⁶⁴ Art. 1170 et 1171 C. civ.

⁶⁵ Ces clauses seront donc étudiées au titre des clauses réglementées par la jurisprudence, Cf. *Infra*, n°54 et s.

⁶⁶ Cf. les premiers mots de l'art. 1171 C. civ. : « dans les contrats d'adhésion ».

⁶⁷ Art. 1171 al. 2 C. civ.

⁶⁸ Pour une étude détaillée de cette réglementation, Cf. *Infra*, n°477 et s.

⁶⁹ Définition de l'anc. art. 1226 C. civ. ; cette définition ne semble pas avoir été reprise par le législateur, dans sa réforme de la matière, opérée par l'ord. n°2016-131 ; Sur cette clause v. : D. Mazeaud : *La notion de clause pénale*, th., Préf. F. Chabas, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de dr. privé, t. 223, 1992 ; S. Pimont : « Clause pénale », Rép. civ. Dalloz ; C. Guettier, P. Le Tourneau, C. Bloch, A. Guidicelli, J. Julien, D. Krajewski, M. Poumarede : *Droit de la responsabilité et des contrats 2014/2015*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2014, n°1211 et s.

⁷⁰ Cf. anc. art. 1229 C. civ. prévoit que : « La clause pénale est la compensation en dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ».

⁷¹ Art. 1231-5 al. 1^{er} C. civ.

permet de faire peser une menace sur le débiteur en cas d'inexécution de ses obligations⁷². L'originalité de la clause pénale réside dans le fait que le juge peut moduler la stipulation⁷³. En effet, si celle-ci est manifestement excessive⁷⁴ ou si elle est dérisoire⁷⁵, il peut soit minorer la peine, soit l'augmenter. La clause est ainsi soumise au pouvoir d'appréciation des juges du fond, avec la limite que l'indemnisation ne peut être inférieure au montant du dommage⁷⁶. Malgré cette originalité, la clause pénale n'en demeure pas moins une partie d'un contrat, et suit d'ailleurs le sort de celui-ci s'il est annulé⁷⁷. En cas d'inexécution de l'obligation principale du contrat, la clause pénale a vocation à s'appliquer, constituant un effet du contrat spécifiquement prévu par les parties pour le cas d'une inexécution⁷⁸. Il s'agit par conséquent d'une clause d'un contrat, qui est déclarée valable par la loi, même si le juge peut être amené à la moduler. Il en va différemment pour d'autres clauses.

50. La clause compromissoire. Ensuite, une autre stipulation qui peut trouver sa place dans les contrats est la clause compromissoire. Il s'agit d'une « stipulation par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les contestations qui pourraient s'élever entre elles »⁷⁹. La clause compromissoire est déclarée valable, mais seulement dans les « contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »⁸⁰. En réalité, il s'agit des contrats conclus par les professionnels, dans le cadre de leur activité puisque de telles clauses sont qualifiées d'abusives en droit de la consommation⁸¹, et ne peuvent donc être stipulées par un

⁷² Cette double fonction de la clause a été mise en évidence par D. Mazeaud, *op. cit.*, n°7, où l'auteur la définit comme « une arme à double détente ».

⁷³ Art. 1231, al. 2 C. civ. ; reprenant sur ce point l'anc. art. 1152 C. civ. qui disposait que : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

⁷⁴ V. par ex. : Cass. Civ. 1^{ère}, 24 juil. 1978, n°77-11.170, Bull. civ. I, n°280.

⁷⁵ V. par ex. : Cass. Soc., 5 juin 1996, n°92-42.298, Bull. civ., V, n°226, avec la précision que les juges du fond doivent motiver leur décision par l'explication du caractère dérisoire de l'indemnité conventionnellement retenue.

⁷⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 juil. 1978 précité.

⁷⁷ Art. 1227 C. civ.

⁷⁸ M. Faure-Abbad : *Le fait générateur de responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, thèse, Préf. P. Rémy, Paris : LGDJ, Coll. Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2003, n°268.

⁷⁹ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « clause compromissoire ». V. aussi : art. 1442 al. 2 du C. pr. civ. : « la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats ».

⁸⁰ Art. 2061 C. civ. Sur ce texte, v. : C. Jarrosson : « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », JCP, G, 2001, n°27, I, 333 ; I. Gallmeister : « De la validité de la clause compromissoire contenue dans un acte mixte », P. Aff., 29 oct. 2004, n°217, p.12.

⁸¹ L'article 2 du décret n°2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L.132-1 du Code de la consommation, et codifié à l'art. R. 132-1 C. conso. prévoit que : « sont présumées abusives (...) saut au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : (...) 10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le

professionnel dans un contrat conclu avec un consommateur. Ces clauses sont réglementées par la loi mais seulement pour limiter les contrats dans lesquels il est possible de les stipuler. De même, il n'est pas possible de stipuler une clause de non-garantie des vices cachés dans tous les contrats de vente.

51. La clause de non-garantie des vices cachés. Dans le domaine plus spécifique du contrat de vente, le vendeur d'une chose est tenu de deux garanties. D'une part, une garantie d'éviction, et d'autre part, une garantie des défauts cachés de la chose⁸², c'est-à-dire ceux qui la « rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus »⁸³. Il est permis au vendeur qui n'avait pas connaissance du vice dont était atteinte la chose, de prévoir une clause par laquelle il ne sera obligé à aucune garantie⁸⁴. Cette clause de non-garantie des vices cachés se trouve autorisée par la loi dans les contrats de vente, mais la jurisprudence est venue apporter une précision. En effet, elle a estimé que le vendeur professionnel est présumé connaître des vices de la chose vendue, qu'il contracte avec un non-professionnel ou un professionnel⁸⁵. Cette jurisprudence n'a pas remis en cause une jurisprudence précédente selon laquelle la clause de non-garantie des vices cachés est valable entre professionnels de même spécialité⁸⁶, même si la Cour de cassation précise qu'il pèse sur le professionnel une simple « présomption de connaissance des vices décelables selon une diligence raisonnable »⁸⁷. L'impossibilité de se prévaloir d'une telle clause pour un professionnel se limite aux contrats qu'il conclut avec les consommateurs, et aux contrats qu'il conclut avec d'autres professionnels s'ils sont de spécialités différentes. Quant aux professionnels de même spécialité, la possibilité de se prévaloir de la clause se limite à la conception jurisprudentielle de l'exigence de connaissance du vice chez l'acheteur. Enfin, le vendeur qui connaît les vices de la chose qu'il vend ne peut se prévaloir de cette clause, même si celui-ci n'est pas un professionnel de la vente. Les cas dans lesquels il est possible de se prévaloir de la clause de non-garantie des vices cachés sont ainsi réduits, même si cette clause n'est pas purement et simplement prohibée, comme peut l'être la clause léonine.

consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ».

⁸² L'art. 1625 C. civ. dispose que : « la garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires ».

⁸³ Art. 1641 C. civ.

⁸⁴ Art. 1643 C. civ.

⁸⁵ Cass. Com., 27 nov. 1991, n° 89-19.546, Bull. civ. IV, n°367.

⁸⁶ Cass. Com., 8 oct. 1973, n°71-14.322, Bull. civ. IV, n° 272 ; v. aussi : Cass. Com. 6 nov. 1978, n°76-15.037, Bull. civ. IV, n°250.

⁸⁷ Cass. civ., 3^{ème}, 28 fév. 2012, n°11-10.705.

52. La clause léonine. Enfin, dans le domaine du droit des sociétés, la loi prohibe la stipulation des clauses léonines⁸⁸, en les réputant non écrites. Il s'agit des clauses par lesquels un des associés se taille la part du lion⁸⁹. Ces clauses sont réputées non écrites, de sorte qu'elles ne peuvent en aucun cas produire un effet. Cela permet d'éviter au « plus fort » de se réserver tous les bénéfices d'une société ou d'échapper aux pertes. Aussi, la disposition préserve le contrat de société, la loi prévoyant des règles supplétives de répartition des bénéfices et des pertes⁹⁰ qui trouvent à s'appliquer en l'absence de stipulations contractuelles.

53. Une législation protégeant le contrat et la partie la plus faible à celui-ci. Si l'énumération ne prétend pas être exhaustive, il est bien peu d'exemples de clauses réglementées par le Code civil. La grande majorité des stipulations contractuelles reste soumise à des dispositions plus générales, qui sont appliquées par la jurisprudence. Cependant, lorsque la loi appréhende des clauses contractuelles, dans certains cas spécifiques, elle le fait dans un double objectif de préservation : celle des intérêts de l'une des parties au contrat, et celle du contrat même. En effet, dans le cas d'une clause pénale, qui peut être modulée, d'une clause compromissaire, qui est considérée comme abusive dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, d'une clause de non-garantie des vices cachés dont le professionnel ne peut se prévaloir, ou d'une clause léonine, qui sera réputée non écrite, le contrat est toujours préservé. Il n'est pas anéanti par ces clauses comme il peut l'être en cas de méconnaissance d'une des conditions de formation par exemple. La récente prohibition des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ne vient que confirmer ces observations, puisque les clauses ainsi qualifiées sont réputées non écrites⁹¹, de sorte que le contrat, dans ses autres stipulations, est préservé. De plus, ces dispositions légales semblent répondre à un objectif de préservation des intérêts de la partie faible au sens large. Cependant, il ne semble pas possible de parler de « clauses abusives » au sens où le droit de la consommation les prévoit⁹². Cela s'explique parce que pour l'ensemble des clauses précitées,

⁸⁸ L'art 1844-1 al.2 C. civ. dispose que : « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ».

⁸⁹ La métaphore de la part du lion, dont est issue le terme « léonin » provient des *Fables ésopiques* de Phèdre, reprise par Jean de La Fontaine dans sa Fable : *la génisse, la chèvre et la brebis en société avec le lion*. Après avoir décidé d'un partage à égalité « du gain et du dommage », le lion, après avoir capturé un cerf, le partage en quatre quarts et prend la première en disant qu'elle « doit être à moi, et la raison, c'est que je m'appelle Lion », s'octroie la deuxième en raison du « droit du plus fort », la troisième en tant que « plus vaillant » et la quatrième en disant « si quelqu'un de vous touche à la quatrième, je l'étranglerai tout d'abord ».

⁹⁰ Art. 1844-1 al.1^{er} C. civ.

⁹¹ Cf. art. 1171 C. civ.

⁹² Art. L.212-1 C. conso (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, anc. art. L. 132-1 C. conso.) ; *Adde* : Décret 2009-302 précité.

la démonstration d'une situation de déséquilibre significatif au sens du droit de la consommation, n'est pas nécessaire. A vrai dire, cette démonstration n'est nécessaire que pour les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à un contrat d'adhésion. Finalement, pour ce qui est du droit commun des contrats, les dispositions relatives aux clauses restent relativement rares. Ces dispositions sont complétées en jurisprudence par l'application à des clauses particulières des principes généraux du droit des contrats. La jurisprudence a ainsi pu sanctionner un certain nombre de clauses, parfois même en adaptant la sanction, dans le souci de ne pas déroger à la protection du contrat et de la partie la plus faible à celui-ci.

B. Les clauses saisies par la jurisprudence.

54. Des clauses saisies sur les fondements généraux du droit des contrats. La jurisprudence est venue sanctionner un certain nombre de clauses qui, malgré l'absence de dispositions légales les concernant, devaient être anéanties, en particulier dans des contrats conclus entre professionnels. C'est sur des fondements classiques du droit des contrats comme la bonne foi, la cause, ou encore l'exigence d'une contrepartie dans les contrats synallagmatiques ou de proportionnalité que la jurisprudence a fait œuvre créatrice en posant des conditions à certaines clauses, ou en annulant d'autres, comme, pour les exemples les plus significatifs entre professionnels, les clauses résolutoires et les clauses limitatives de responsabilité ou de réparation, dont les solutions jurisprudentielles ont été consacrées par le législateur (1), ou encore les clauses restrictives de liberté commerciale post-contractuelles (2).

1. La clause résolutoire et la clause limitative de responsabilité ou de réparation.

55. Annonce. L'étude conjointe de la clause résolutoire et de la clause limitative de responsabilité ou de réparation s'explique par la récente consécration légale des solutions que la jurisprudence a pu dégager les concernant. Il convient cependant de garder à l'esprit la construction jurisprudentielle s'agissant de ces clauses résolutoires (a), ou de ces clauses limitatives de responsabilité ou de réparation (b).

a. *La clause résolutoire.*

56. Notion de clause résolutoire. La clause résolutoire se définit comme la « clause par laquelle les parties, adoptant une condition résolutoire expresse, décident à l'avance dans un contrat que celui-ci sera de plein droit résolu, du seul fait de l'inexécution par l'une des

parties de son obligation, sans qu'il soit nécessaire de le demander au juge »⁹³. Il s'agit en réalité de ne pas s'en remettre au juge qui, en principe, dispose du pouvoir d'appréciation de l'inexécution du contrat et de résolution du contrat⁹⁴. En effet, ces clauses, légalement sous-entendues dans les contrats synallagmatiques⁹⁵, supposent en principe une demande en justice, qui soumet l'inexécution et la résolution du contrat à l'appréciation du juge. Les clauses résolutoires existent dans un grand nombre de contrats conclus entre professionnels, où les contractants prennent soin d'aménager les conséquences d'une inexécution par la résolution du contrat, sans intervention du juge. Les clauses résolutoires sont principalement régies par la jurisprudence⁹⁶ qui a dégagé un certain nombre d'exigences à respecter pour les parties qui stipulent une telle clause.

57. Exigences de la jurisprudence quant à la rédaction de la clause et à son efficacité. Tout d'abord, la jurisprudence a posé un certain nombre d'exigences, aujourd'hui bien établies, concernant la rédaction de la clause résolutoire. S'agissant de cette rédaction même, la question peut se poser de savoir si une expression formelle de cette clause est indispensable. La loi est silencieuse sur ce point, mais la doctrine⁹⁷ et la jurisprudence⁹⁸ sont venues préciser le caractère nécessairement exprès d'une telle stipulation. Au-delà de ce caractère, la jurisprudence exige également que la clause résolutoire soit « non-équivoque », précisant qu'à défaut, « les juges recouvrent leur pouvoir d'appréciation »⁹⁹. La volonté des parties exprimée de manière équivoque ne leur permet donc pas de se dispenser du recours au juge pour demander la résolution du contrat. La clause doit exprimer clairement que les parties sont dispensées du recours au juge. Une clause qui prévoirait simplement « une résolution du contrat en cas d'inexécution ne peut être considérée comme une clause résolutoire »¹⁰⁰. De même, la clause résolutoire doit viser expressément les manquements qui peuvent justifier sa

⁹³ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « Résolutoire (clause) » ; J. Mestre (dir.), J.-C. Roda : *les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris : Lexenso Editions, Coll. les intégrales, 2011, n°1663 s ; V. aussi : C. Paulin : *La clause résolutoire*, th., préf. J. Devèze, Bibl. de droit privé, t. 258, Paris : LGDJ, 1996, n°1 et 8 ; T. Genicon : *La résolution du contrat pour inexécution*, th., préf. L. Leveneur, Bibl. de droit privé, t. 484, Paris : LGDJ, 2007, n° 338 s.

⁹⁴ Art. 1184 al.3 C. civ.

⁹⁵ Art. 1184 al.1 C. civ, c'est-à-dire que si une des parties ne satisfait pas à son engagement, l'autre pourra mettre en œuvre la clause résolutoire, même si elle n'est que sous-entendue.

⁹⁶ C. Paulin, *op. cit.*, n°6.

⁹⁷ C. Paulin, *op. cit.*, n°18 ; C. Chabas : *Résolution-résiliation*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2012, n°129 ; T. Genicon, *op. cit.*, n°350.

⁹⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, n°84-15.705, Bull. civ. I, n°179 ; v. aussi le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 1988, La Documentation française, 1989, p.194 : « si le créancier tient à se faire dispenser, par l'effet de la convention, de l'obligation de s'adresser au juge, il doit l'exprimer formellement ».

⁹⁹ Cass., Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986 précité.

¹⁰⁰ C. Paulin, *op. cit.*, n°18.

mise en œuvre¹⁰¹, précision faite qu'il ne peut s'agir que de violations d'obligations expresses du contrat¹⁰².

Ensuite, lors de la mise en œuvre de la clause résolutoire, un certain nombre de conditions peuvent être vérifiées par la jurisprudence¹⁰³. Le créancier doit manifester son intention de se prévaloir de la clause¹⁰⁴, et il doit être de bonne foi¹⁰⁵. L'exigence de mise en demeure du débiteur a pu être posée en jurisprudence¹⁰⁶, mais est supplétive : la clause résolutoire peut prévoir qu'elle n'est pas nécessaire. Enfin, le débiteur peut toujours obtenir des délais de grâce¹⁰⁷.

La clause résolutoire est ainsi encadrée par la jurisprudence. Le fait qu'elle évince le juge du contentieux de la résolution du contrat n'empêche pas celui-ci d'intervenir pour apprécier la clause elle-même et les circonstances de sa mise en œuvre par le créancier. Il est également possible de prévoir dans cette clause qu'elle a vocation à être mise en œuvre même dans le cas de manquements contractuels qui ne s'analysent pas en une inexécution, suffisamment grave, au sens du droit commun, pour provoquer une résolution du contrat. Fréquentes dans les contrats conclus entre professionnels, les clauses résolutoires s'analysent comme des clauses et font partie de l'acte juridique que constitue le contrat. L'ensemble du régime de ces clauses, dégagé par la jurisprudence, est un régime contractuel. De plus, la constatation de l'inefficacité de cette clause n'anéantit pas le contrat qui est préservé et dont la résolution pourra être demandée en justice, sur le fondement des dispositions du Code civil. Ce sont des dispositions plus générales de ce Code qui ont pu permettre à la jurisprudence de sanctionner certaines clauses limitatives de responsabilité contractuelle ou de réparation.

58. Consécration de la jurisprudence relative aux clauses résolutoires par l'ordonnance de 2016. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016¹⁰⁸, le Code civil contient des dispositions particulières relatives à la clause résolutoire. Ces dispositions prévoient que cette

¹⁰¹ C. Paulin, *op. cit.*, n°19.

¹⁰² V. par ex. Cass., Civ., 3^{ème}, 5 janv. 1993, n°91-14.840.

¹⁰³ V. pour un aperçu de celles-ci : T. Genicon, *op. cit.*, n°350.

¹⁰⁴ V. par ex. : Cass., Com., 3 juin 1997, n°93-21.322, Bull. civ. IV, n°168 : « La clause résolutoire n'est acquise que lorsque son bénéficiaire avait manifesté son intention de s'en prévaloir ».

¹⁰⁵ L'exigence de mise en œuvre des clauses de bonne foi est désormais générale : Cass. Com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, Bull. civ. IV, n°188 : « La règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle » ; D. 2007, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; JCP G, 2007, II, 10154, comm. D. Houtcieff ; Mais, la jurisprudence relative aux clauses résolutoires était à l'avant-garde, en imposant une mise en œuvre de bonne foi de la clause avant cet arrêt de 2007 ; V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1995, n°92-20.654, Bull. civ., I, n°57 ; D. 1995, p. 389, note sous arr. C. Jamin.

¹⁰⁶ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1994, n°92-14.907 et 92-16.205, Bull. civ., I, n°217 ;

¹⁰⁷ Art. 1321-5 C. civ. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1244-3 C. civ.

¹⁰⁸ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016, précitée.

clause doit préciser les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat¹⁰⁹, mais aussi que la mise en demeure est obligatoire¹¹⁰, et qu'elle « ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire »¹¹¹. Le législateur a ainsi consacré le régime que la jurisprudence avait dégagé concernant les clauses résolutoires, de sorte qu'il s'agit désormais de clauses qui sont spécifiquement prévues par la loi.

b. Les clauses limitatives de responsabilité et de réparation.

59. Notion de clause limitative de responsabilité ou de réparation. La clause limitative de responsabilité ou de réparation est une clause qui a « pour objet de limiter par avance à une somme ou à un taux déterminé le montant des dommages et intérêts »¹¹². Ces clauses permettent de fixer dans le contrat un montant maximal qu'une éventuelle indemnisation consécutive à une responsabilité contractuelle ne pourra dépasser. Courantes en pratique, ces clauses ont fait l'objet d'un contentieux relativement abondant, et de modifications importantes dans la jurisprudence qui a même considéré, un temps, qu'elles devaient systématiquement être réputées non écrites lorsqu'elles devaient s'appliquer consécutivement à un manquement du débiteur à l'une de ses obligations essentielles. Ces clauses ont, dans le même temps, alimenté les discussions doctrinales.

60. Limites jurisprudentielles à la mise en œuvre des clauses limitatives de responsabilité ou de réparation. La jurisprudence est venue apporter une limite à ces stipulations contractuelles, par le célèbre arrêt « Chronopost » de la Cour de cassation¹¹³. En l'espèce, la société Chronopost, dont l'activité est le transport rapide de colis, s'était vue remettre par un client un pli et s'était engagée à le livrer dès le lendemain avant la mi-journée. Malgré cet engagement, essentiel pour le client, le pli a été livré en retard par la société. En effet, le client souhaitait participer à une adjudication et devait pour cela faire parvenir son envoi avant une heure précise. En l'absence de réception de celui-ci dans les temps, le client n'a pas pu participer à l'adjudication. Or, le transporteur avait stipulé une clause limitative de responsabilité qui devait trouver à s'appliquer dans ce cas, et selon laquelle en cas de non-

¹⁰⁹ Art. 1225 C. civ.

¹¹⁰ Art. 1225 al. 2. C. civ.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Clause (limitative de responsabilité) » ; J. Mestre (dir.), J.-C. Roda : *les principales clauses des contrats d'affaires*, précité, n°1043 s.

¹¹³ Cass. Com., 22 oct. 1996, aff. *Chronopost*, n°93-18.632, Bull. civ. IV, n°261 ; D. 1997, p. 121, note A. Sériaux ; D. 1997, p. 145, note C. Larroumet ; RTD Civ., 1997, p. 418, note J. Mestre ; JCP G, 1997, I, 4002, note M. Fabre-Magnan in Etude « Droit des obligations » ; JCP, G, 1997, II, 22881, comm. D. Cohen ; RTD Civ., 1998, p. 213 note N. Molfessis ; JCP, G, 1998, I, 152, note J.-P. Chazal.

respect des délais de livraison, la société s'engageait à rembourser exclusivement le prix du transport sur demande écrite de l'expéditeur. C'est sur le fondement de l'ancien article 1131 du Code civil¹¹⁴ que la Cour de cassation, après avoir constaté que la société Chronopost s'était engagée à livrer le pli dans un délai déterminé, souligne le manquement à cette obligation essentielle, « la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non-écrite »¹¹⁵. La clause limitative de responsabilité au montant du prix du transport prive de cause l'engagement principal du contrat, c'est-à-dire le transport rapide, « la société garantissant la fiabilité et la célérité de son service »¹¹⁶. Le prix payé par le client a ainsi pour contrepartie « l'obligation pour le professionnel du transport rapide de livrer en temps et en heure »¹¹⁷.

Les apports de cet arrêt sont multiples. La doctrine a d'abord souligné qu'il retient la « cause subjective »¹¹⁸, alors même que la jurisprudence se limitait classiquement, en matière de cause, à une analyse objective, par la recherche d'une contrepartie à l'obligation. Mais, il permet aussi « d'éradiquer la clause qui contredit l'économie d'un contrat »¹¹⁹. En cela, cet arrêt marque une étape importante dans la jurisprudence. Sur un fondement du droit commun des contrats, la cause, la Cour de cassation répute non écrite la clause qui contredit la portée de l'engagement pris. C'est ainsi que, dans le cadre d'un contrat conclu entre deux professionnels, il n'est pas possible de limiter sa responsabilité à un niveau tel qu'il contredit la portée de l'engagement pris. La réception de cette jurisprudence par la doctrine n'a pas été unanime. Alors que certains auteurs ont critiqué la décision¹²⁰, d'autres, au contraire, y ont vu une solution « justifiée »¹²¹. Il convient en effet de voir dans la décision de la Cour de cassation une position justifiée en ce qu'elle sanctionne, sur le fondement du défaut de cause, les clauses qui réduisent tellement la responsabilité d'un débiteur qu'un manquement à ses obligations devient pour lui quasi-indolore, lui permettant un non-respect de ses engagements sans conséquence

¹¹⁴ L'anc. art. 1131 C. civ. prévoyait que : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ; la disposition disparaîtra à l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016.

¹¹⁵ La Cour de cassation estime en effet : « qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ F. Terré, Y. Lequette, P. Simler : *op. cit.*, n°342.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem* ; v. aussi A Sériaux : *op. cit.*.

¹²⁰ V. not. A. Sériaux, *op. cit.* ; C. Larroumet, *op. cit.*.

¹²¹ M. Fabre-Magnan : *op. cit.* ; V. aussi : D. Mazeaud : « La protection par le droit commun » in *Les clauses abusives entre professionnels*, colloque sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 1998, n°18 ; J. Mestre : *op. cit.*.

notable. Les clauses limitatives de réparation allaient ensuite être au cœur d'une véritable « saga »¹²² jurisprudentielle, où la position émise par la Cour de cassation a évolué en deux temps.

61. Evolution de la jurisprudence relative aux clauses limitatives de responsabilité et de réparation. Dans un premier temps, en 2005, la Cour de cassation a énoncé que les clauses limitatives de réparation devaient être réputées non écrites au seul motif qu'elles aménageaient les suites de l'inexécution d'une obligation essentielle¹²³. Ainsi, objectivement, si la clause limitative de responsabilité vise le manquement à une obligation essentielle, elle doit être réputée non écrite. Ce critère objectif conduit à déplacer une partie des débats sur le terrain de la faute lourde qui permet aux demandeurs de prétendre passer outre la limite légale des dommages et intérêts dus en cas de responsabilité contractuelle¹²⁴. Elle a ensuite été confirmée¹²⁵, notamment par un arrêt « Faurecia »¹²⁶, resté célèbre en raison du refus de la cour

¹²² D. Mazeaud : « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », D., 2010, p. 1832.

¹²³ Cass. Ch. mixte, 22 avr. 2005, n°02-18.326 et n° 03-14.112, Bull. mixt. n°4 ; D. 2005, p. 1864, note sous arr. E. Chevrier ; D. 2005, p. 2748, note H. Kenfack, in « Droit des transports », panorama 2004-2005 ; D. 2005, p. 2836, note S. Armani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson, in « Droit des contrats » ; D., 2005, p.1864, note J.-P. Tosi ; RTD Civ., 2005, p. 604, note P. Jourdain ; RTD Civ., 2005, p.779, note J. Mestre et B. Fages ; RTD Com., 2005, p. 828, note B. Bouloc ; JCP, G, 2005 II 10066, comm. G. Loiseau ; RLDA, 09/2005, p.8, comm. G. Viney ; CCC, 2005, comm. 150, note L. Leveneur ; RDC, 2005, p. 673, note D. Mazeaud ; RDC, 2005, p. 753, note P. Delebecque.

¹²⁴ Art. 1231-2 C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1150 C. civ.) ; La limitation des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat par l'article 1231-2 se situe au dommage prévisible, c'est-à-dire qu'on a pu prévoir lors de la conclusion du contrat. Cela peut conduire à une indemnisation relativement faible pour le retard dans la livraison des plis, d'où l'intérêt des demandeurs à mettre en évidence une faute lourde, qui permet de passer outre la limitation des dommages et intérêts au dommage prévisible pour la fixer au dommage réel. La jurisprudence considère que la qualification de faute lourde ne peut se déduire du « seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur ». C'est ainsi que ces espèces ont conduit à l'anéantissement de la clause limitative de réparation contenue dans le contrat, et à l'application de la règle légale en matière de dommages et intérêts consécutifs à une inexécution contractuelle : l'indemnisation du dommage prévisible au moment de la conclusion du contrat.

¹²⁵ V. : Cass. com., 21 fév. 2006, n°04-20.139, Bull. civ. IV n°48 ; D. 2006, p.717, note E. Chevrier ; RTD Civ., 2006, p. 322, note P. Jourdain ; RTD com., 2006, p. 909, note B. Bouloc ; CCC, 2006, comm. 103, note. L. Leveneur ; RDC, 2006, p. 694, note D. Mazeaud ; Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974, Bull. civ., IV, n°132 ; D. 2006, p. 1599, note X. Delpéch ; D. 2006, p. 2288, note sous arr. D. Mazeaud ; RDC 2006, p. 1075, note Y.-M. Laithier ; RDC 2006, p. 1224, note S. Carval ; RTD Civ. 2006, p. 773, note P. Jourdain ; RTD Com., 2007, p. 224, note B. Bouloc ; Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-12.619, Bull. civ., IV, n°143 ; D. 2006, p. 1680, note X. Delpéch ; JCP G, 2006 II 10123, comm. G. Loiseau ; RTD Civ. 2006, p. 773, note P. Jourdain.

¹²⁶ Cass. com., 13 fév. 2007, aff. *Faurecia*, n°05-17.407, Bull. civ. IV, n°43 ; D. 2007, p. 654, note X. Delpéch ; D. 2007, p.2966, note S. Armani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson, in « Droit des contrats, octobre 2006 – septembre 2007 » ; RTD Civ., 2007, p. 567, note B. Fages ; JCP G 2007, I, 185, obs. P. Stoffel-Munck, in « Responsabilité civile », n°10 ; JCP, G, 2007, II, 10063, Comm. Y.-M. Serinet ; RDC, 2007, p. 707, note D. Mazeaud ; RDC, 2007, p. 746, note S. Carval ; *Adde.* Cass. com., 5 juin 2007, aff. *Extand*, n°06-14.832, Bull. civ. IV, n°157 ; D. 2007, p.1720, note sous arr. X. Delpéch ; D. 2007, p.2966 précité ; RTD Civ., 2007, p.567 précité ; RTD Com., 2008, p. 174, note B. Bouloc ; JCP, G, 2007, II, 10145, comm. D. Houtcieff ; CCE, 2007, comm. 151, comm. P. Stoffel-Munck ; RDC, 2007, p. 1121, note D. Mazeaud ; RDC, 2007, p. 1144, note S. Carval.

de renvoi d'appliquer la solution de la Cour de cassation¹²⁷. La Cour de cassation avait considéré que le manquement à une obligation essentielle mis en évidence par les juges du fond était de « nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation ». La Cour de renvoi considérait, quant à elle, que le manquement à une obligation essentielle ne suffisait pas à écarter l'application de la clause limitative de réparation.

Dans un deuxième temps, la Cour de cassation a adopté une position plus « nuancée »¹²⁸, dans la même affaire « Faurecia » qui devait être à nouveau tranchée en raison de la résistance de la Cour de renvoi. Dans cet arrêt, elle considère que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »¹²⁹. Ce faisant, elle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel, qui avait pourtant refusé d'appliquer la position affirmée en 2007, et adopte une position particulièrement proche de celle exprimée dans le premier arrêt « Chronopost », de 1996. Cette modification de la jurisprudence de la Cour de cassation avait cependant été amorcée dès la fin de l'année 2007, alors qu'elle considérait que devait être maintenue une clause limitative de réparation qui n'avait « pas pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle, caractérisant ainsi l'absence de contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit »¹³⁰.

L'ensemble de cette évolution jurisprudentielle, largement commentée, a alimenté les discussions doctrinales¹³¹. Elle met en évidence l'utilisation d'une règle fondamentale du droit des contrats, la cause, pour sanctionner des clauses limitatives de réparation qui contredisent la

¹²⁷ CA Paris, 25^{ème} ch., sect. A, 26 nov. 2008, *SAS Faurecia Sièges d'automobiles c/ SAS Oracle France*, « *Faurecia 2* » ; JGP, G, 2009, I, 123 : « Responsabilité civile », chr. P. Stoffel-Munck, n°11 ; CCE, 2009, comm. 37, note sous arr. P. Stoffel-Munck ; RDC, 2009, p. 1010, note T. Génicon.

¹²⁸ D. Mazeaud : « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », précité.

¹²⁹ Cass. com., 29 juin 2010, aff. *Faurecia 3*, n°09-11.841, Bull. civ. IV, n°115 ; D. Mazeaud : « Clauses limitatives de réparation : la fin de la saga ? », précité ; D. 2010, p.1707 et p. 1832, note X. Delpech ; RTD Civ., 2010, p.555, note B. Fages ; JCP, G, 2010, 787, note sous arr. D. Houtcieff ; JCP, E, 2010, 1790 et CCE 2010, comm. 99, comm. P. Stoffel-Munck ; CCC, 2010, comm. 220, note sous arr. L. Leveneur ; RLDC, déc. 2010, n°77, p. 7-11, comm. M. Lamoureux ; Dr. et patr., fév. 2011, p.64, spéc. p. 69-71, note L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; RDC, 2010, p. 1253, note sous arr. O. Deshayes ; RDC, 2010, p. 1220, note Y.-M. Laithier ; P. Aff., 2010, n°162, p.7, note sous arr. N. Dupont Le Bail ; P. Aff., 2010, n°182, note R. Siri ; P. Aff., 2010, n°195, p.6, note C. Barnaud ; P. Aff., 2010, n°204, p.8, note sous arr. M. Burgard Gaz. Pal., 2010, n°245, p. 11, note P. Glaser et M.-E. Mathieu.

¹³⁰ Cass. com., 18 déc. 2007, aff. *EDF*, n° Bull civ. IV, n°265 ; D., 2008, p.154, note sous arr. X. Delpech ; RTD Civ., 2008, p. 310, note P. Jourdain ; JCP, G, 2008, I, 125, note P. Stoffel-Munck, in Chr. « Responsabilité civile », spéc. n°13 ; RDC, 2008, p. 262, note T. Génicon ; RDC, 2008, p.287, note G. Viney ; RLDA juin 2008, n° 28 p. 37-42, comm. C. Boillot.

¹³¹ V. : G. Loiseau : « Le crépuscule des clauses limitatives de réparation », RLDC, mai 2007, p.6 ; D. Mazeaud : « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », D., 2008, p.1776 ; Y.-M. Laithier : « Clauses abusives – les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », RDC, 2009, p. 1650 ; Dossier : RDC, 2008, p. 979 et s, avec les contributions de P. Delebecque, T. Génicon, O. Deshayes, D. Houtcieff, D. Mainguy, et C. Aubert de Vincelles ; V. aussi : B. Fauvarque-Cosson : « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », RDC, 2013, p. 671.

portée de l'engagement du débiteur. Il s'agit, pour la jurisprudence, de donner un régime juridique précis à ces clauses, en se fondant sur le régime contractuel, et en prenant soin de réputer la clause non écrite. Cela permet de ne pas faire tomber le contrat dans son entièreté et ainsi de le préserver, en le soumettant, pour ce qui de son inexécution, aux règles légales. Ce sont ces mêmes règles légales qui ont permis à la jurisprudence de dégager le régime juridique des clauses limitatives de liberté post-commerciale.

62. Consécration de la jurisprudence relative aux clauses limitatives de responsabilité par l'ordonnance de 2016. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016¹³², le Code civil contient désormais une disposition relative au caractère réputé non écrit des clauses qui contredisent la portée de l'obligation essentielle du contrat¹³³. Sans viser expressément les clauses limitatives de responsabilité ou de réparation, il ne semble faire guère de doute que le texte nouveau trouvera à s'appliquer notamment s'agissant de ces clauses, puisqu'il reprend la condition de validité qui a été dégagée par la jurisprudence, en particulier dans les arrêts Chronopost et Faurecia. La loi se trouve être en réalité plus large que la jurisprudence, en permettant d'englober potentiellement d'autres clauses qui viendraient priver l'obligation essentielle du débiteur de sa substance. Elle intervient également alors que le fondement sur lequel ont été rendues les décisions relatives aux clauses limitatives de responsabilité et de réparation, la cause¹³⁴, a, en tant que tel, disparu à l'issue de la réforme opérée par l'ordonnance¹³⁵. Ainsi, même après la disparition du fondement qui était utilisé, la jurisprudence gardera la possibilité de vérifier la validité de la clause limitative de responsabilité ou de réparation. La consécration législative des constructions jurisprudentielles relatives aux clauses résolutoires ou aux clauses limitatives de responsabilité ou de réparation ne doit pas conduire à omettre de mentionner la construction relative aux clauses restrictives de liberté post-contractuelles, non consacrées en droit commun, mais relativement courantes dans les relations entre professionnels, en particulier en matière de distribution.

¹³² Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016, précitée.

¹³³ Art. 1170 C. civ., Cf. *Infra*, n°477 ; Sur cette consécration, v. : P. Delebecque : « Art. 1168 : Clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *in* Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 759.

¹³⁴ La cause a d'ailleurs pu servir de fondement au caractère réputé non écrit d'autres stipulations, v. par ex., les clauses qui, dans les contrats d'assurances, réduisent la durée de garantie offerte par l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assureur ; pour une application récente : Cass. 3^{ème} civ., 26 nov. 2015, n°14-25.761, à paraître au bulletin ; RDI, 2016, p. 42, note sous arr. J. Roussel ; Gaz. Pal., 5 janv. 2016, n°1, p. 35, note D. Houticeff ; *idem*, 19 janv. 2016, n°3, p. 16, note N. Blanc ; D. 2016, p. 458, note sous arr. R. Boffa.

¹³⁵ Sur ce point, v. : R. Boffa : « juste cause (et injuste clause) », D. 2015, p. 335 ; *Contra* : C. Grimaldi : « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », D. 2015, p. 814.

2. La clause restrictive de liberté post-contractuelle.

63. Notion de clause restrictive de liberté post-contractuelle. L'expression permet de réunir trois types de clauses : les clauses de non-concurrence, les clauses de non-rétablissement et les clauses de non-réaffiliation, qui, dans nombre de contrats conclus entre professionnels, ont vocation à s'appliquer lorsque le contrat prend fin, pour une durée prévue par la clause. A titre liminaire, il convient de distinguer ces différentes clauses. La clause de non-concurrence est une clause « par laquelle un contractant se prive de la faculté d'exercer pendant une certaine période et dans une aire géographique déterminée une activité professionnelle susceptible de concurrencer celle de l'autre »¹³⁶. La clause de non-rétablissement est une clause, souvent incluse dans un contrat de cession de fonds de commerce ou de clientèle civile par laquelle le cédant « prend envers son successeur, l'engagement de ne pas reprendre une activité de nature à concurrencer celui-ci, au moins dans un périmètre et pour un temps déterminés »¹³⁷. La clause de non-réaffiliation est une clause qui « fait défense de s'affilier après rupture des relations commerciales, à un réseau concurrent »¹³⁸, ou encore de « créer un réseau concurrent »¹³⁹. Ces clauses de non-réaffiliation sont décrites comme une « variante »¹⁴⁰ des clauses de non-concurrence, pour mettre en évidence leur « identité de nature mais leur différence de degré »¹⁴¹. Qu'elles soient de non-concurrence, de non-réaffiliation ou encore de non-rétablissement, les conditions de validité de ces clauses ont été dégagées par la jurisprudence, sur le fondement du droit commun des obligations¹⁴².

64. Conditions de validité jurisprudentielles des clauses restrictives de liberté post-contractuelle. Entre professionnels, la jurisprudence a dégagé des conditions de validité pour les clauses de non-concurrence post-contractuelles. D'abord, les clauses de non-concurrence doivent être limitées. Cette première condition est double et suppose d'une part que la clause n'interdise pas l'exercice de toute activité économique ou professionnelle, car « l'atteinte

¹³⁶ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° : « Non-concurrence (clause de) » ; J. Mestre (dir.), J.-C. Roda : *les principales clauses des contrats d'affaires*, précité, n°1169 s.

¹³⁷ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° : « Non-rétablissement (clause de) ».

¹³⁸ M. Malaurie-Vignal : *Droit de la distribution*, Paris : Sirey, Coll. Université, 3^e éd., 2015, n°751.

¹³⁹ H. Kenfack et M. Pedamon : *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2011, n°825.

¹⁴⁰ P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Guidicelli, J. Julien, D. Krajewski, M. Poumaerde : *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2014, n°925-1.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, Préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibl. des thèses, 2004, n°228.

portée à la liberté du débiteur serait excessive »¹⁴³. D'autre part, les clauses de non-concurrence doivent être limitées en termes de temps et de lieu. Ainsi, elles doivent prévoir le temps durant lequel elles s'appliquent et l'aire géographique de leur application¹⁴⁴. Ensuite, la clause de non-concurrence ne doit pas empêcher son débiteur d'exercer sa profession. Cette condition permet à la jurisprudence d'invalider des clauses de non concurrence qui, bien que respectant les conditions précitées, conduisent à interdire au débiteur d'exercer son activité professionnelle¹⁴⁵. Enfin, la jurisprudence a posé une exigence complémentaire, qui s'analyse en une condition de proportionnalité. En effet, la jurisprudence estime que la clause de non-concurrence doit être destinée « à protéger les intérêts légitimes du franchiseur en rapport avec l'objet du contrat »¹⁴⁶, et ne doit donc pas être « disproportionnée au regard de l'objet du contrat »¹⁴⁷. Spécifique à la clause de non-concurrence consécutive à un contrat de travail, l'exigence de contrepartie financière, de rémunération¹⁴⁸, n'est pas une condition requise en matière commerciale, bien que certains auteurs, se basant sur le fait que la plupart des conditions admises en matière commerciale ont d'abord été consacrées en matière sociale, estiment que cette exigence de contrepartie pourrait prochainement être consacrée par la jurisprudence en matière commerciale¹⁴⁹, même si celle-ci a rappelé que ces clauses n'avaient pas à être rémunérées¹⁵⁰, sauf à prouver une perte de clientèle du fait de la clause¹⁵¹.

Les clauses de non-réaffiliation¹⁵², variantes des clauses de non-concurrence mais à un moindre degré, puisqu'il ne s'agit que d'interdire une modalité d'exercice de l'activité¹⁵³, se

¹⁴³ Y. Picod, Y. Auguet, M. Gomy : *Concurrence (obligation de non-)*, Dalloz, Répertoire de droit commercial, 2013, n°107 ; les auteurs citant : Cass. civ., 27 oct. 1936, D., 1936, p. 571 ; Cass. civ., 18 juin 1945, D. 1945, p.322.

¹⁴⁴ Ces deux conditions sont, *a priori*, en matière commerciale, alternatives, v. : Cass. com., 29 mai 1980, n°79-10.323, Bull. civ., IV, n°220, mais les jurisprudences les plus récentes affirment leur caractère cumulatif, v. par ex. : Cass. com., 24 nov. 2009, n°08-17.650, JCP E, 2010, 1220, note sous arr. N. Dissaux.

¹⁴⁵ Cass. com., 29 mai 1980 précité.

¹⁴⁶ Cass. com., 14 nov. 1995, n°93-16.299, D., 1997, p. 59, somm. D. Ferrier ; critère qui est apprécié par les juges du fond : Cass. com., 1^{er} juil. 2003, n°02-11.384, non publié au bulletin.

¹⁴⁷ Cass. com., 4 janv. 1994, n°92-14.121, Bull. civ., IV, n°4.

¹⁴⁸ Cass. soc., 10 juil. 2002, n°99-43.334, 00-45.387, 00-45.135, Bull. civ., V, n°239.

¹⁴⁹ C. Jamin : *Clause de non-concurrence et contrat de franchise*, D., 2003, p. 2878, n°3 ; D. Ferrier : *Droit de la distribution*, 6^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, 2012, n°727.

¹⁵⁰ Cass. com., 31 janv. 2012, n° 11-11.071, Bull. civ. IV, n°17 ; D. 2012, p. 501, note E. Chevrier ; JCP, E, 2012, 1143, obs. N. Dissaux ; JCP E, 2012, 1205, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; CCC, 2012, comm. 83, note sous arr. L. Leveneur ; Gaz. Pal., 12 avr. 2012, n°103, p.17, note D. Houtcieff *in* « Chronique de jurisprudence, droit des contrats » ; RLDA, mars 2012, n°69, p. 52-53, note C. Mathonnière ; RLDC, avr. 2012, n°92, p. 14-15, note E. Pouliquen.

¹⁵¹ Cass. com., 9 oct. 2007, n°05-14.118, D. 2008, p. 388, note sous arr. D. Ferrier ; JCP E, 2008, 1020 et JCP G 2007, II 10211, note sous arr. N. Dissaux ; RLDA, déc. 2007, n°22, p.40-42, note D. Ferré et E. Deberdt.

¹⁵² M. Depincé : *Les clauses de non-réaffiliation*, Dr. et Patr., 2007, n°155, p. 26 à 33.

¹⁵³ P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Guidicelli, J. Julien, D. Krajewski, M. Poumaerde : *op. cit., loc. cit.* ; V. par ex. : Cas. Com., 18 déc. 2012, n°11-27.068, non publié au bulletin, JCP, E, 2013, 1037 : « Réalisme et idéalisme dans l'appréciation de la validité d'une clause de non-réaffiliation », note N. Dissaux ; où la Cour annule une clause de non-réaffiliation en raison du fait qu'elle n'était « pas proportionnée aux intérêts légitimes du

voient appliquer les mêmes exigences que les clauses de non-concurrence par la jurisprudence¹⁵⁴, précision faite de la possibilité d'exercer « la même activité sans affiliation »¹⁵⁵. La jurisprudence a ainsi affirmé la spécificité de la clause de non-réaffiliation¹⁵⁶ mais lui a appliqué les mêmes conditions que pour les clauses de non-concurrence¹⁵⁷.

Sur des fondements de droit commun, la jurisprudence a dégagé un régime juridique précis aux clauses restrictives de liberté post-contractuelle. Les conditions ainsi posées sont régulièrement vérifiées par les juges qui, face à des clauses qui méconnaissent lesdites conditions, ont la possibilité de les annuler. Cette évolution prétorienne permet aussi aux juridictions d'apporter des limites à l'imagination des rédacteurs de contrats pour la période qui sera consécutive au terme de celui-ci. Ces clauses ne s'appliquent en effet qu'à l'issue du contrat, mais obéissent à un régime contractuel puisque leur méconnaissance conduit à une concurrence « anticontractuelle »¹⁵⁸.

65. Traits communs à la jurisprudence étudiée. Sur le fondement du droit commun, et alors que celui-ci ne réglemente, même après avoir été réformé, que peu de clauses, la jurisprudence a fait œuvre créatrice pour dégager des régimes juridiques précis et complets aux clauses, courantes en pratique, que sont les clauses résolutoires, les clauses limitatives de responsabilité et les clauses restrictives de liberté post-contractuelle. Elle semble avoir désormais été consacrée par certaines dispositions nouvelles issues de la récente réforme du droit des obligations¹⁵⁹. Sur des fondements de droit des contrats, la jurisprudence a démontré son adaptation aux exigences de la pratique et des contrats conclus entre professionnels. Elle

franchiseur », car elle prévoyait une interdiction générale d'exercice de l'activité sous franchise dans un rayon de 5 kilomètres. La Cour constate que l'activité du franchisé, la distribution alimentaire, « s'exerce de manière quasi-systématique dans le cadre de réseaux de franchises organisés » et que la clause « mettait les ex-franchisés dans l'impossibilité de poursuivre dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce ». C'est ainsi que la clause doit laisser à son débiteur la possibilité d'exercer une activité professionnelle, et ne doit pas conduire à une impossibilité d'exploitation de son fonds de commerce, sous peine d'être disproportionnée aux intérêts du créancier.

¹⁵⁴ V. par ex. : Cass. com., 28 sept. 2010, n°09-13.888, Bull. civ. IV, n°145 ; D., 2010, p. 2357, note E. Chevrier ; JCP E, 2010, 1943, note sous arr. N. Dissaux ; CCC, 2010, comm. 271, note M. Malaurie-Vignal ; RDC, 2011, p. 187, note M. Béhar-Touchais ; Cass. com., 3 avr. 2012, n°11-16.301, JCP, E, 2012, 1264, comm. N. Dissaux ; Cass. com., 31 janv. 2012, précité ; V. aussi : Aut. conc. 15 fév. 2011, n°11-D-03.

¹⁵⁵ Cass. com., 17 janv. 2006, n°03-12.382, Bull. civ. IV, n°9 ; D., 2006, p. 498, note E. Chevrier ; CCC, 2006, comm. 67, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; RLDA, mai 2006, n°5, p.39-43, note H. Kenfack ; P. Aff., 13 nov. 2006, n°226, p.6, spéc. « II : Franchise, clause de non-réaffiliation », note E. Baccichetti.

¹⁵⁶ Cass. com., 28 sept. 2010 précité : « La clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau ».

¹⁵⁷ V. par ex. : Cass. com., 31 janv. 2012 précité.

¹⁵⁸ Y. Picod : « Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle », in *La concurrence déloyale, permanence et devenir*, Colloque, Perpignan, 2000, dir. Y. Serra, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 11-26, où l'auteur explique que la « distinction entre la concurrence déloyale et la concurrence anticontractuelle n'est qu'une illustration de la *summa divisio* entre l'acte juridique et le fait juridique ».

¹⁵⁹ Cf. ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016, précitée.

impose des conditions à respecter et modère les effets de la sanction à l'annulation limitée à la clause litigieuse ou la répute non écrite, en prenant soin de ne pas anéantir le contrat. Pourtant, pour ce qui est du fondement de la cause par exemple, la sanction qui était prévue par la loi était nettement plus sévère, l'engagement ne pouvant avoir aucun effet¹⁶⁰. En cela, la jurisprudence se rapproche des législations spécifiques aux clauses comme le droit de la consommation.

§2 : Les clauses saisies par le droit de la consommation.

66. L'indispensable étude des clauses saisies par le droit de la consommation.

Même si elle s'inscrit dans le cadre d'une étude consacrée aux clauses et aux pratiques restrictives de concurrence, l'étude du traitement des clauses par le droit de la consommation est éclairante pour saisir les spécificités de cette matière. D'autant que certains auteurs¹⁶¹ et même le juge constitutionnel¹⁶² souhaiteraient voir transposée cette notion au traitement de la pratique restrictive de concurrence que constitue le fait de soumettre un partenaire commercial à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties¹⁶³. Le droit de la consommation saisit en effet les clauses d'une manière spécifique, par le biais de la législation sur les clauses abusives¹⁶⁴. C'est à la lecture du plan du Code de la consommation qu'apparaît le caractère spécifique de la réglementation sur les clauses abusives. La distinction entre les clauses et les pratiques est dans cette matière, clairement affirmée. Après un premier titre consacré à l'information du consommateur, le Livre Premier du Code de la consommation, intitulé « Information des consommateurs et pratiques commerciales » comprend un titre deuxième, consacré aux « pratiques commerciales interdites et réglementées », tandis qu'un Livre II contient les règles relatives à la « formation et à l'exécution des contrats ». C'est dans cette dernière sous-partie que se trouve la réglementation sur les clauses abusives, dans un Chapitre deuxième du Premier titre¹⁶⁵. En revanche, les pratiques commerciales, et parmi elles les pratiques commerciales déloyales ou illicites, sont traitées précédemment par le Code. Il apparaît que le Code de la consommation suit le processus de conclusion du contrat de consommation. Après avoir été informé, le consommateur doit être protégé contre certaines

¹⁶⁰ Cf. anc. art. 1131 C. civ.

¹⁶¹ Cf. *Infra*, n°209.

¹⁶² Cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC ; Sur cette décision, Cf. *Infra*, n°215.

¹⁶³ Art. L.442-6, I, 2° C. com.

¹⁶⁴ Le dispositif sur les clauses abusives est issu de la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹⁶⁵ Pour reprendre le plan du Code, tel que modifié après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016, précitée, la division existant quasiment de la même manière dans la version antérieure du Code.

pratiques commerciales, dont le but est de le faire contracter. Ce n'est que lorsqu'il contracte qu'intervient la protection contre les clauses abusives et les autres règles spécifiques aux contrats de consommation¹⁶⁶. Cette structure est unique, et ne se retrouve pas dans le Code de commerce, qui prévoit un certain nombre de pratiques restrictives de concurrence, qui peuvent être mises en œuvre avant la conclusion du contrat¹⁶⁷, pour inciter un partenaire à conclure, ou lors de celle-ci, sous forme de clauses ou non¹⁶⁸. Le droit de la consommation prend garde de ne pas confondre les clauses abusives et les pratiques commerciales qu'il réglemente. Cela s'explique, au-delà de la structure du Code, par les sources distinctes de ces deux réglementations.

67. La source européenne de la réglementation des clauses abusives. Si la source actuelle de la réglementation des clauses abusives en droit de la consommation est issue d'une directive européenne, le droit français avait été à l'avant-garde dans ce domaine, et avait prévu une sanction des clauses abusives dès 1978¹⁶⁹. La loi prévoyait la possibilité de réputer non écrites certaines clauses qui peuvent être imposées par un abus de puissance économique, aux consommateurs par les professionnels. Le pouvoir réglementaire devait prendre des décrets, après avis de la Commission des clauses abusives¹⁷⁰, qui établiraient des listes de clauses abusives. Peu de clauses ont alors été sanctionnées en raison de l'absence quasi-totale de ces décrets¹⁷¹. C'est grâce à une décision de la Cour de cassation que le juge s'est vu reconnaître,

¹⁶⁶ Les auteurs reprennent d'ailleurs cette structure : J. Calais-Auloy, H. Temple : *Droit de la consommation*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2015, où les auteurs étudient d'une part les pratiques commerciales (n°80 s), et d'autre part, les conditions générales des contrats, parmi lesquelles la lutte contre les clauses abusives (n°175 s) ; Y. Picod : *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz Sirey, Coll. Université, 2015, où les auteurs étudient d'une part, dans une partie consacrée à « l'offre de consommation », les comportements déloyaux (n°121-2 s), et d'autre part, dans une partie dédiée au « contrat de consommation », les clauses abusives (n°233 s).

¹⁶⁷ V. par ex. : l'obtention d'un avantage commercial ne correspondant à aucun service en contrepartie, art L. 442-6, I, 1^o C. com. ; la non-communication des conditions générales de vente, art L. 442-6, I, 9^o C. com.

¹⁶⁸ V. par ex. : le déséquilibre significatif, art. L. 442-6, I, 2^o C. com.

¹⁶⁹ Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, dite *Loi Scrivner*, art. 35. Ce texte énonce alors que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis [de la commission des clauses abusives] [...] les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif » ; V. sur l'évolution de la législation en la matière : J. Calais-Auloy, H. Temple : *op. cit.*, n°176 ; Y. Picod : *op. cit.*, n°250, F. Rome : « Clauses abusives : les trente glorieuses ... », D., 2008, p. 2337.

¹⁷⁰ Loi n°78-23 précitée, art. 36.

¹⁷¹ V. cependant le décret n°78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. Ce décret est le seul pris en application de la loi. Comme l'énonce la loi, ce texte prévoit deux clauses abusives, celle « qui a pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations » (art. 2), et celle « ayant pour objet ou

contra legem, le pouvoir de déceler les clauses abusives dans les contrats de consommation, et de les sanctionner comme telles¹⁷². C'est ainsi que du pouvoir limité du juge qui consistait à ne déclarer abusives que les clauses qui étaient visées par un décret, la Cour de cassation a affirmé un pouvoir juridictionnel nettement plus vaste, puisque le juge est désormais autonome dans la détection des clauses abusives.

Cette jurisprudence se verra consacrée lors de la transposition de la directive européenne concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation¹⁷³. Cette loi a modifié l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation qui prévoit que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »¹⁷⁴. Ce texte prévoit par ailleurs une possibilité pour le pouvoir réglementaire de déterminer les clauses abusives, ainsi qu'une liste « indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives »¹⁷⁵. La directive européenne prévoit en effet le critère du « déséquilibre significatif », mais insiste également sur le fait que la clause ne doit pas avoir « fait l'objet d'une négociation individuelle »¹⁷⁶, critère qui n'est pas repris dans la transposition française, ce qui, s'agissant d'une directive d'harmonisation minimale, ne pose pas de difficultés¹⁷⁷. De plus, la directive comprend une Annexe qui prévoit une liste de clauses qui peuvent être considérées comme abusives¹⁷⁸, reprise dans le Code de la consommation¹⁷⁹.

68. Le régime juridique actuel des clauses abusives en droit de la consommation.

Suite à la loi de modernisation de l'économie¹⁸⁰, l'article L. 212-1 du Code de la

pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristique du bien à livrer ou du service à rendre ».

¹⁷² Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 1991, n°89-20.999, Bull. civ., I, n°153 ; D. 1991, p. 449, note sous arr. J. Ghestin ; RTD Civ., 1991, p. 526, note J. Mestre.

¹⁷³ Directive 93/13/CEE précitée, transposée en droit français par la Loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, art. 1^{er}.

¹⁷⁴ La disposition se trouve, sans modification, après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016, à l'art. L. 212-1 C. conso.

¹⁷⁵ Art. L. 212-1, al. 4 et 5 C. conso.

¹⁷⁶ Directive 93/13/CEE, art. 3.1 : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

¹⁷⁷ Cf. art. 8 de la directive 93/13/CEE.

¹⁷⁸ Annexe à la Directive 93/13/CEE.

¹⁷⁹ Anc. Annexe C. conso. : Clauses visées au cinquième alinéa de l'article L. 212-1, créée par la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, et modifiée par la loi n°2005-67 du 28 janvier 1995 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, art. 6 (cf., avant l'ord. n°2016-301, anc. al. 3 de l'art. L. 132-1 C. conso).

¹⁸⁰ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

consommation a été modifié et l'Annexe au Code, abrogée¹⁸¹, et une liste de clauses présumées abusives a été adoptée par un décret¹⁸². Ce décret se compose de deux listes de clauses abusives, une liste « noire »¹⁸³, qui comprend les clauses qui sont de manière irréfutable présumées abusives, et une liste « grise »¹⁸⁴ qui comprend les clauses qui sont, de manière simple, présumées abusives. Cette liste permet de renverser la charge de la preuve puisque ce sera au professionnel de prouver que la clause n'est pas abusive si elle est incluse dans la liste « grise ». Depuis ces modifications, l'article L. 212-1 du Code de la consommation contient une disposition générale qui prévoit que les clauses abusives sont celles qui « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »¹⁸⁵. Des listes de clauses sont ensuite prévues par le décret, sans que celles-ci soient exhaustives. Il est en effet toujours possible au consommateur de prouver le caractère abusif d'une clause qui n'est pas contenue dans l'une des listes, en se fondant sur le critère de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Les clauses qui sont considérées par le juge comme abusives sont réputées non écrites, de sorte que le contrat de consommation demeure.

69. Le régime juridique spécifique des clauses abusives en droit de la consommation. Le droit de la consommation, par la structure de son Code et les différences de sources des législations, prend soin de ne pas confondre les législations sur les clauses abusives et sur les pratiques commerciales déloyales. Ces pratiques sont sanctionnées, mais à un stade où le contrat n'est pas encore conclu¹⁸⁶, puisqu'elles « altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur »¹⁸⁷ lors de son acte de consommation, achat d'un bien ou d'un service. Au contraire, le texte sanctionnant les clauses abusives commence par préciser « dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs »¹⁸⁸. Les pratiques sont ainsi mises en œuvre avant la conclusion du contrat, et sanctionnées à ce stade, alors que les clauses abusives sont appréhendées une fois le contrat conclu, au moment de l'exécution de celui-ci, lorsqu'on met en œuvre la clause. Cette vision

¹⁸¹ Loi n°2008-776, art. 86.

¹⁸² Décret n°2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, codifié aux art. R. 132-1 et s. C. conso.

¹⁸³ Art. R. 132-1 C. conso.

¹⁸⁴ Art. R. 132-2 C. conso.

¹⁸⁵ Art. L. 132-1 al. 1^{er} C. conso.

¹⁸⁶ Cf. *Infra*, n° 120 et s.

¹⁸⁷ Art. L. 121-1 C. conso ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 120-1 C. conso.

¹⁸⁸ Art. L. 212-1 C. conso ; Comp. avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 132-1 C. conso. dont les premiers termes étaient « dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs », l'applicabilité de la disposition aux relations entre professionnels et non-professionnels fait désormais l'objet d'une disposition différente l'art. L. 121-2 C. conso.

consument distingue clauses abusives et pratiques commerciales déloyales, comme cela peut être distingué au niveau du droit commun. Les clauses abusives sont sanctionnées dans le contexte d'un acte juridique. Comme en droit commun¹⁸⁹, la loi a le souci de la préservation du contrat conclu, en lui ôtant les clauses abusives et en précisant que le contrat « restera applicable dans toutes ses autres dispositions »¹⁹⁰. De même, les clauses abusives sont étudiées par référence aux circonstances de la conclusion ou de la relation précédente entre professionnel et consommateur. Comme en droit commun, le droit de la consommation reprend dans cette distinction la distinction entre les actes juridiques, et les faits juridiques. Les clauses abusives sont sanctionnées au sein d'une réglementation spécifique sur les actes juridiques conclus entre professionnels et consommateurs. Les pratiques, quant à elles, semblent être vues comme des faits juridiques, mises en œuvre par des professionnels pour influencer le comportement du consommateur. La réglementation de ces actes juridiques particuliers ne se limite d'ailleurs pas aux clauses abusives puisque le droit de la consommation prévoit aussi des règles spécifiques d'interprétation¹⁹¹ et de forme des contrats¹⁹². Le droit de la consommation prévoit ainsi des règles spécifiques pour les contrats de consommation, mais paraît rester dans une approche classique, par sa distinction entre acte juridique et fait juridique, plaçant l'interdiction des clauses abusives au cœur de son dispositif relatif aux actes juridiques de consommation.

70. Le caractère non absolu de la distinction des clauses avec les pratiques. La distinction de la réglementation concernant les clauses abusives avec les pratiques, qui trouvent à s'appliquer avant la conclusion des contrats, paraît ne souffrir aucune exception. Pourtant, la réglementation sur les clauses abusives peut apparaître comme facteur de sanction d'une pratique. Lors de la sanction d'une clause abusive qui se trouve dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, le juge dispose en effet d'un pouvoir, celui d'enjoindre le professionnel de supprimer toutes les clauses identiques de ses contrats, même s'ils sont conclus avec d'autres consommateurs¹⁹³. Le législateur atteint le fait que les contrats conclus avec les consommateurs sont souvent des contrats-type, c'est-à-dire qu'ils sont identiques pour tous les consommateurs. Il paraît alors naturel, lorsqu'une clause d'un de ces contrats est considérée comme abusive en justice, par exemple parce qu'elle fait partie d'une liste de

¹⁸⁹ Cf. *Supra*, n°47 et 59.

¹⁹⁰ Art. L. 241-1, al. 2 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 132-1 al. 8 C. conso.

¹⁹¹ Art. L. 211-1 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 133-2 C. conso.

¹⁹² V. par ex. pour certains contrats : Art. L. 222-6 ; L. 224-7 C. conso.

¹⁹³ Art. L. 621-8 C. conso. ; Pour un ex. : Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 2011, n°08-14.402, Bull. civ., I, n°23, D. 2011 p. 1659, note sous arr. G. Chantepie.

clauses présumées de manière irréfutable comme abusives¹⁹⁴, de la supprimer également des autres contrats. Cependant, se pose la question de savoir si cette sanction apparaît comme celle d'une clause abusive, ou comme celle d'une pratique qui consiste à conclure avec tous les consommateurs un même contrat, qui contient une clause, présumée de manière irréfutable comme abusive. Bien nette, la distinction entre les clauses abusives et les pratiques commerciales mises en place par les professionnels à l'égard des consommateurs devient plus ténue, d'autant plus que la disposition contient probablement une dimension préventive, celle d'obliger le professionnel à ne plus conclure de contrats contenant la clause incriminée. La sanction d'une clause abusive permet de réputer non écrite une clause dans un contrat conclu avec un consommateur, mais aussi dans tous les autres contrats identiques conclus avec d'autres consommateurs, ainsi que de supprimer la clause des contrats à venir entre le professionnel et d'autres consommateurs. Il est possible d'y voir la sanction de la pratique qui consiste à insérer une clause considérée comme abusive dans ses contrats avec les consommateurs, apportant une exception à la distinction.

71. Conclusion : les clauses, parties de l'acte juridique. Au terme de ces exemples de la réglementation relative aux clauses, il apparaît que droit commun et droit de la consommation ont une approche commune. Cette réglementation s'inscrit dans le cadre plus large de la réglementation relative aux actes juridiques. Cependant, il ne peut s'agir que d'une partie de cette réglementation, qui, beaucoup plus large, régit par ailleurs des contrats particuliers et donne les conditions générales de validité des contrats. La clause est vue dans les deux législations comme la partie du contrat, la partie de l'acte juridique. Cela explique que lorsque la loi ou la jurisprudence sanctionnent une clause, elles prennent le plus souvent le soin de préserver le contrat. La sanction d'une clause n'est que la sanction d'une partie d'un contrat : elle n'empêche pas ce contrat de continuer à s'exécuter. Le plus souvent, le contrat est préservé par une sanction spécifique au droit des actes juridiques : le caractère réputé non écrit. Cette fiction¹⁹⁵ permet de masquer la clause litigieuse en poursuivant l'application des autres stipulations contractuelles. Cette sanction n'est pas possible pour une pratique, qui s'analyse en un fait juridique.

¹⁹⁴ Art. R. 132-1 C. conso.

¹⁹⁵ Sur celle-ci, v. : J. Kullmann : « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, p. 59.

SECTION 2 : LES PRATIQUES, FAITS JURIDIQUES.

72. Annonce. Les pratiques se définissent comme des comportements adoptés par des acteurs juridiques, qui ne sont pas nécessairement contractants, et qui auront des conséquences juridiques. Ces pratiques ne font pas partie de l'acte juridique. L'acte juridique est composé de clauses, qui ont fait l'objet d'un accord de volontés. Les comportements que sont les pratiques recouvrent une catégorie plus large : celle des faits juridiques. La qualification de fait juridique de la pratique suppose que l'acteur juridique qui la met en place n'en a pas nécessairement recherché les éventuelles conséquences juridiques. Le droit prévoit des effets pour un certain nombre de pratiques (§1). L'étude de la législation consumériste en matière de pratiques commerciales déloyales semble également indispensable compte tenu des caractères communs entre celles-ci et les pratiques restrictives de concurrence (§2).

§1 : Les pratiques saisies par le droit commun.

73. Des pratiques sanctionnées en droit commun. L'étude des pratiques saisies par le droit commun suppose celle des comportements qui sont sanctionnés par lui. La pratique pourra alors être analysée comme un fait fautif, source de responsabilité civile si elle cause un préjudice à une personne. Une limitation aux principales pratiques qui peuvent être sanctionnées par le droit commun entre professionnels, invite à distinguer entre la sanction des pratiques qui constituent des fautes par la concurrence déloyale (A). Il conviendra ensuite de s'interroger sur la place des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'une relation contractuelle (B). C'est alors qu'il sera possible de mesurer les différences qui existent entre ces pratiques et les clauses contractuelles.

A. Les pratiques saisies par le droit de la responsabilité civile délictuelle.

74. La sanction des pratiques fautives par le droit de la responsabilité civile. La définition des pratiques comme des comportements invite immédiatement à une classification de ces comportements selon qu'ils soient fautifs ou non. Le droit de la responsabilité civile délictuelle trouve à s'appliquer chaque fois qu'une faute cause un préjudice à autrui¹⁹⁶. Une pratique peut s'analyser comme une faute, et elle sera alors source de responsabilité de son auteur et d'une indemnisation de celui au détriment duquel elle est mise en place. Entre professionnels, les pratiques fautives sont notamment sanctionnées sur le fondement de la concurrence déloyale. Cette construction jurisprudentielle permet d'atteindre un certain nombre

¹⁹⁶ Art. 1240 et s. C. civ. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1382 et s. C. civ.

de pratiques pour les sanctionner (1). La question d'une acception plus large de cette notion se pose aujourd'hui pour une évolution de la concurrence déloyale vers une sanction plus large des pratiques fautives (2).

1. La construction jurisprudentielle de la concurrence déloyale.

75. Notion de concurrence déloyale. La concurrence déloyale se définit comme « un fait constitutif d'une faute qui résulte de l'usage excessif, par un concurrent, de la liberté de la concurrence, par emploi de tout procédé malhonnête dans la recherche de la clientèle dans la compétition économique »¹⁹⁷. La concurrence déloyale est majoritairement décrite en doctrine comme un fait « contraire aux usages du commerce »¹⁹⁸, ou à « l'éthique des affaires »¹⁹⁹. Certains la voient comme la limite de la liberté du commerce et de l'industrie, comme une « illustration de la théorie de l'abus de droit »²⁰⁰, au sens où l'abus de la liberté du commerce et

¹⁹⁷ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « Concurrence déloyale ».

¹⁹⁸ L. Nicolas-Vullierme : *Droit de la concurrence, théorie et pratique*, Paris : Vuibert, Coll. Dyna'sup, série Droit, 2011, n°425 ; L. Vogel : *Traité de droit des affaires*, G. Ripert, R. Roblot, sous la dir. de M. Germain, Tome 1, Vol. 1 : *Du droit commercial au droit économique : commerçants, justice commerciale, fonds de commerce, bail commercial, propriété industrielle, concurrence déloyale, transparence tarifaire, pratiques restrictives, ententes, abus de position dominante, procédure de la concurrence, concentrations*, 20^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, 2016, n°718 ; F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément : *Droit commercial, activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 11^{ème} éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 2015, n°530 ; M. Pédamon, H. Kenfack : *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrat du commerce*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2011, n°664-666 ; J.-J. Burst : *Concurrence déloyale et parasitisme*, Paris : Dalloz, Coll. Droit usuel. Affaires, 1993, n°7 ; P. Le Tourneau : *Le parasitisme*, Paris : Litec, Coll. Responsables, 1998, n°16 ; Y. Auguet : *Concurrence et clientèle – contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, thèse, Préf. Y. Serra, Bibl. de droit privé, t. 315, Paris : LGDJ, 2000, n°478, pour qui les usages du commerce sont pris en compte dans la notion de faute ; E. Coureault : *La concurrence déloyale en droit privé communautaire*, th. dactyl. Faculté de droit de l'Université Nancy 2, 2009, n°2, l'auteur précisant que la référence aux usages présente une « dimension morale certaine » ; A. Bertrand : *Le droit français de la concurrence déloyale*, Paris : Cedat, Coll. Théorie et pratique, 1998, p. 22 ; J. Azéma : *Le droit français de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis droit, 1989, n°168 ; V. aussi la Convention de l'Union de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle du 20 mars 1883, art. 10 bis, al. 2 : « constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale ».

¹⁹⁹ J.-B. Blaise : *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, 8^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 2015, n°614 ; G. Decocq, A. Ballot-Léna : *Droit commercial*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Hypercours, 2015, n°641 et 645 ; D. Legeais : *Droit commercial et des affaires*, 22^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2015, n°629, où l'auteur utilise l'expression « comportements contraires à la morale des affaires » ; P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Guidicelli, J. Julien, D. Krajieski, M. Poumarède : *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2014, n°7012 ; M.-L. Izorche : « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque, 1997, Université Montpellier I et Perpignan, dir. Y. Serra, J. Calais-Auloy, RTD Com., 1998, p.1 s, spéc. p. 17, n°18.

²⁰⁰ J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Arnaud-Grossi, L. Merland, N. Tagliarino-Vignal : *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, 29^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 2012, n°166 ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, Répertoire de droit commercial, V° « Concurrence déloyale », Dalloz, 2013, n° 1 et 86 ; D. Houtcieff : *Droit commercial*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2011, n°1093 ; R. Bout, M. Bruschi, M. Luby, S. Poillot-Péruzzetto : *Lamy droit économique 2014 concurrence, consommation, distribution*, Rueil-Malmaison : Wolters Kluwers France, 2013, n°2621 ; P. Roubier : *Le droit de la propriété industrielle, 1 : Partie générale*, Paris : Recueil Sirey, 1952.

de l'industrie, ou du « droit de faire concurrence »²⁰¹ serait sanctionné par la concurrence déloyale. D'autres préfèrent la désigner comme un fondement pour sanctionner les « comportements délictuels de marché »²⁰². La concurrence déloyale s'analyse dès lors comme un fait juridique, ou comme une pratique mise en place de manière déloyale, dans un rapport de responsabilité délictuelle entre deux acteurs économiques²⁰³.

76. Le fondement délictuel de la responsabilité encourue pour fait de concurrence déloyale. La concurrence déloyale est sanctionnée par la jurisprudence sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil, c'est-à-dire l'action en responsabilité civile délictuelle²⁰⁴. Elle suppose la mise en évidence d'une faute, c'est-à-dire un fait fautif, ou encore une pratique fautive²⁰⁵. Ensuite, il convient de caractériser un dommage, un préjudice, même si l'appréciation de celui-ci est relativement large²⁰⁶. La concurrence qui entraîne un dommage loyal ne peut être sanctionnée. Enfin, le lien de causalité entre la faute et le préjudice doit être mis en évidence par le demandeur, la victime du fait de concurrence déloyale²⁰⁷. Le fondement

²⁰¹ A. Pirovano : « Concurrence déloyale en droit français », RID Comp., vol. 26, juill.-sept. 1974, p.467-504, n°9 ; J. Mestre et *alli.*, *op. cit.*, *loc. cit.* ; V. *contra* : A. et Y. Decocq : *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 2014, n°1 où les auteurs excluent de leur ouvrage la concurrence déloyale au motif qu'elle vise à la protection d'intérêt privés, et non à celle du marché.

²⁰² Notion issue des propositions de Y. Auguet dans sa thèse précitée, n°472 s. V. aussi, P. Le Tourneau : *Le parasitisme*, Paris : Litec, Coll. Responsables, 1998, n°8 ; P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Guidicelli, J. Julien, D. Krajewski, M. Poumarede : *Droit de la responsabilité et des contrats*, précité, n°7082 ; M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, précité, n°227 ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, *op. cit.*, n°85.

²⁰³ V. pour une explication des différences avec une relation contractuelle, Y. Picod : « Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle », précité, où l'auteur démontre le caractère de fait juridique de la concurrence déloyale, ainsi que les différences de régime entre les deux formes de concurrence sanctionnées.

²⁰⁴ Toujours réaffirmé, le fondement est cependant l'objet de discussions doctrinales. V. : G. Ripert : *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1951, n°86, où l'auteur analyse l'action en concurrence déloyale comme une action de protection du fonds de commerce, c'est-à-dire de protection d'un droit de propriété ; J. Azéma : *op. cit.*, *loc. cit.*, où l'auteur voit l'action en concurrence déloyale comme une action disciplinaire sanctionnant le non-respect des usages de la profession ; M.-A. Frison-Roche : « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », RJDA, 6/1994, p. 483, où l'auteur propose un nouveau principe général du droit, « l'interdiction de la déloyauté des entreprises entre elles, qu'elles soient concurrentes ou non », et propose d'adoption sur le modèle de la théorie des troubles anormaux de voisinage, une théorie jurisprudentielle des troubles anormaux de concurrence.

²⁰⁵ La faute, dont la démonstration est nécessaire dans une action en responsabilité civile, fait l'objet en la matière, d'une conception assez large, incluant le fait par exemple que « le comportement d'une partie détermine une influence négative sur l'activité de son adversaire », v. Y. Serra : « Rapport introductif », in *La concurrence déloyale, permanence et devenir*, Colloque, Perpignan, 2000, dir. Y. Serra, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, p. 1-9, spéc. p. 6.

²⁰⁶ V. Y. Serra : *Rapport introductif*, précité, p.6, qui met en évidence l'évolution de l'appréciation du préjudice par la Cour de cassation, qui a considéré « qu'il résultait des actes déloyaux qu'ils causaient un préjudice » ; Cass. com., 25 janv. 2000, n°97-19.809.

²⁰⁷ V. par ex. d'une jurisprudence constante : Cass. com., 30 mai 2000, n°98-15.549, non publié au Bulletin, D. 2001, p. 2587, note sous arr. Y. Serra ; CCC, 2000, comm. 161, note M. Malaurie-Vignal.

de la concurrence déloyale est ainsi mis en évidence par l'ensemble de la doctrine²⁰⁸, même si des discussions avaient pu avoir lieu, sur la faute, parfois vue comme un abus de droit²⁰⁹ ou de liberté²¹⁰, ou encore sur le préjudice, dont la démonstration ne serait pas nécessaire²¹¹.

Le fondement délictuel de la concurrence déloyale implique qu'elle ne soit pas l'objet d'une disposition légale spécifique, alors qu'il en va différemment dans d'autres états européens²¹². Cependant, des textes l'évoquent²¹³, comme la Convention de l'Union de Paris de 1883, qui prévoit, dans le domaine de la propriété intellectuelle, que les états « sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale »²¹⁴. L'objectif de garantie d'une concurrence loyale était également inclus dans le Préambule du Traité CEE²¹⁵, mais il ne semble pas possible d'affirmer que ce texte impose des dispositions spécifiques en la matière, et la concurrence déloyale n'a pas en elle-même, pour l'heure, fait l'objet d'une directive d'harmonisation européenne, si l'on excepte les conditions de la publicité comparative²¹⁶. Au niveau interne, la concurrence déloyale apparaît comme un objectif dans certaines lois, sans avoir été formellement consacrée²¹⁷. Malgré cette absence de disposition légale, la jurisprudence a mis en évidence un certain nombre de pratiques pouvant entraîner la responsabilité de leur auteur pour fait de concurrence déloyale.

²⁰⁸ V. pour des ex. : M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2006, n°480 ; L. Nicolas-Vullierme : *op. cit.* n°427 s. ; L. Vogel : *op. cit.* n°736 ; F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément : *op. cit.*, n°530 ; M. Pédamon, H. Kenfack : *op. cit.* n°660 ; A. Bertrand : *op. cit.* ; J. Azéma : *op. cit.* ; J.-B. Blaise : *op. cit.*, n°615 s. ; D. Houtcieff, *op. cit.*, n°1090 ; G. Decocq, A. Ballot-Léna : *op. cit.*, n°644 ; D. Legeais : *op. cit.*, *loc. cit.* ; V. aussi : M.-L. Izorche : art. précité, n°39 s.

²⁰⁹ Cf. *Supra*, n°68.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ V. : Y. Serra : *op. cit.*, *loc. cit.*

²¹² Par exemple, en Allemagne, une loi du 7 juillet 2004 est consacrée à la concurrence déloyale. L'article 3 de cette loi prohibe, de manière générale la concurrence déloyale et l'article 4 contient une liste non exhaustive de pratiques qualifiables de concurrence déloyale. Sur cette loi, v. Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, *op. cit.*, n° 138 ; H. Becker : « La nouvelle loi allemande du 7 juillet 2004 sur la concurrence déloyale », *Gaz. Pal.*, 14 mai 2005, p. 3 ; V. sur le droit comparé de la concurrence déloyale : D. Brault : *Droit de la concurrence comparé, vers un ordre concurrentiel mondial ?*, Paris : Economica, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, série études et recherches, 1995, spéc. p. 50-54.

²¹³ Sur ceux-ci, v. J.-B. Blaise : *op. cit.*, *loc. cit.* ; L. Nicolas-Vullierme : *op. cit.*, n°421 ; A. Bertrand : *op. cit.*, p. 7.

²¹⁴ Convention de l'Union de Paris pour la propriété intellectuelle précitée, art. 10 bis, al. 1^{er}.

²¹⁵ Préambule du Traité instituant la Communauté Economique Européenne du 25 mars 1957 ; mention qui a disparu lors de la modification du Traité en Traité sur l'Union Européenne par le Traité de Maastricht, du 7 février 1992.

²¹⁶ Cf. directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, art. 4 qui définit les conditions auxquelles la publicité comparative est licite, et desquelles il est possible de déduire *a contrario*, un certain nombre d'actes de concurrence déloyale, ainsi consacrés au niveau de l'Union européenne, comme l'interdiction du dénigrement dans cette forme de publicité (art. 4, d)), l'interdiction de tirer indument profit de la notoriété d'une marque (art. 4, f)), ou l'interdiction de l'imitation (art. 4, g)).

²¹⁷ V. par ex. la loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, art. 1^{er} : « La liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale » ; loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, qui l'affirme en titre.

77. Pratiques saisies sur le fondement de l'action en concurrence déloyale. Grâce à l'œuvre de la doctrine²¹⁸, et à l'adaptation de la jurisprudence²¹⁹, il est possible de distinguer quatre pratiques saisies sur le fondement de l'action en concurrence déloyale, précision faite que la concurrence déloyale est une notion évolutive, et la jurisprudence peut sanctionner de nouvelles pratiques sur ce fondement. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer davantage dans les détails de ces pratiques, un auteur a opéré une classification entre la confusion, le dénigrement et la désorganisation²²⁰, et cette classification a été très majoritairement reprise par la doctrine jusqu'à aujourd'hui²²¹. La confusion consiste à s'approprier le succès d'un concurrent par imitation, pour tromper la clientèle, alors que le dénigrement suppose de tenir des propos péjoratifs, de jeter le discrédit sur un concurrent, par exemple par une publicité. La désorganisation consiste en l'atteinte à l'organisation mise en place par un concurrent, que ce soit par débauchage de salariés, par désorganisation de la production, par celle des moyens de distribution ou encore par désorganisation générale du marché.

Cette classification n'est pas exhaustive et a été complétée par le parasitisme²²², une pratique sanctionnée par la jurisprudence qui en donne une définition, selon laquelle il s'agit de « l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire »²²³. Les quatre pratiques dégagées ne peuvent être vues comme une liste limitative de pratiques sanctionnées sur le fondement de la concurrence déloyale, puisque la notion pourrait faire l'objet d'une acception plus large.

2. La possibilité d'une acception plus large de la concurrence déloyale.

78. Evolution de la notion et de la réglementation. La concurrence déloyale ne se limite pas aux pratiques classées par la doctrine. La notion évolue en effet vers une acception plus large (a), alors que, dans le même temps, la possibilité d'une consécration légale de la concurrence déloyale se précise (b).

²¹⁸ P. Roubier : *op. cit.*, n°103 et 110 ; H. Allart : *Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale*, Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1892, n°6 où l'auteur évoque, au titre des principales formes de concurrence déloyale la confusion et le dénigrement.

²¹⁹ L'évolution de la concurrence déloyale a conduit à la sanction sur ce fondement du parasitisme économique.

²²⁰ P. Roubier, *op. cit.*, *loc. cit.*

²²¹ V. A. Pirovano : « La concurrence déloyale en droit français », précité, n°28 s. ; J.-J. Burst : *op. cit.*, n°10 ; L. Vogel : *op. cit.*, n°736 s ; J.-B. Blaise : *op. cit.*, n°618 s ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°483 s ; M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°308 s ; F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément : *op. cit.*, n°530 s ; M. Pédamon, H. Kenfack : *op. cit.*, n°667 s ; D. Houtcieff : *op. cit.*, n°1099 s ; D. Legeais : *op. cit.*, n°630 s ; G. Decocq, A. Ballot-Léna, *op. cit.*, n°645 ; M. Toporkoff : *Droit de la concurrence déloyale*, Paris : Gualino Lextenso Editions, 2010, p.65 et s.

²²² V. not. sur cette pratique, P. Le Tourneau : *op. cit.* ; J.-J. Burst : *op. cit.*, n°186 s.

²²³ Sur cette définition, v. par ex. : Cass. com., 26 janv. 1999, n°96-22.457.

a. *Evolution de la notion de concurrence déloyale.*

79. La sanction pour concurrence déloyale en l'absence d'une situation de concurrence entre les parties. Traditionnellement, est exigée entre l'auteur du comportement constitutif de concurrence déloyale et la victime une situation de concurrence. La situation de concurrence se caractérise par une « compétition économique », une offre par des entreprises « de produits ou de services qui tendent à satisfaire un besoin équivalent, avec une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle »²²⁴. Cette situation de concurrence suppose que les entreprises recherchent la conquête d'une même clientèle sur un marché donné²²⁵. Par conséquent, les actes de concurrence déloyale qui peuvent être l'imitation, le dénigrement, la désorganisation ou le comportement parasitaire seraient mis en place au détriment d'un concurrent, pour conquérir une clientèle commune. La jurisprudence, qui exigeait à l'origine cette situation de concurrence, caractérisée par l'existence d'une clientèle commune a évolué. En effet, le critère de l'existence d'une clientèle commune aux deux entreprises supposait d'exclure de l'action en concurrence déloyale les organismes « étrangers à la vie économique »²²⁶, mais aussi de rejeter les demandes formulées alors que le demandeur ne démontre pas qu'il y a une clientèle commune²²⁷. D'une part, la jurisprudence a admis l'action en concurrence déloyale sans exiger la caractérisation d'une clientèle²²⁸, alors même que cette caractérisation devait permettre de démontrer la situation de concurrence entre les parties à l'instance. D'autre part, la Cour de cassation a admis l'action en concurrence déloyale en l'absence d'une clientèle commune, c'est-à-dire en l'absence de concurrence entre les parties²²⁹. Il s'ensuit que la jurisprudence récente a admis l'action en concurrence déloyale

²²⁴ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « concurrence ».

²²⁵ V. P. Roubier : *op. cit.*, n°108.

²²⁶ Sur ce point, v. Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu : *Répertoire de droit commercial*, V° « concurrence déloyale », n°100 s, où les auteurs citent par exemple les associations de consommateurs, les coopératives, les organismes mutualistes, les pharmacies ou encore les opticiens.

²²⁷ *Idem*, n°107.

²²⁸ Cass. com., 30 mai 2000, n°98-15.549, précité. Dans cette espèce, la Cour estime que « l'action en concurrence déloyale qui trouve son fondement dans les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, lesquels impliquent l'existence d'une faute commise par un demandeur préjudiciable au défendeur, peut être mise en œuvre quel que soit le statut juridique de l'auteur de la faute alléguée ». En effet, l'action était dirigée contre une association, *a priori* étrangère à la vie économique dans le sens où elle n'a pas de clientèle. La Cour poursuit en estimant que « la circonstance que la clientèle que se disputent des opérateurs soit réputée être celle d'un tiers au litige, est indifférente pour accueillir une action en concurrence déloyale, laquelle suppose seulement que soit établie l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice ». En l'espèce, l'argumentation prétendait que la clientèle appartenait à un tiers au litige. Cet argument n'a pas prospéré et la jurisprudence affirme que l'action en concurrence déloyale est admise même en l'absence de clientèle.

²²⁹ Cass. com., 30 nov. 2007, n°05-15.643 ; D., 2008, p. 255, note Y. Picod ; CCC, 2008, comm. 51, note M. Malaurie-Vignal ; Propr. Ind., 2008, comm. 71, comm. J. Larrieu ; Dans cette espèce, la Cour de cassation constatant le rejet de l'action en concurrence déloyale par les juges de fond en raison de l'absence d'une situation de concurrence entre les parties, considère que la Cour d'appel a « ajouté à la loi une condition qu'elle ne

en l'absence de situation de concurrence entre les parties²³⁰. La doctrine reste divisée sur ce point, certains voyant l'action en concurrence déloyale comme une action de protection des concurrents contre des agissements déloyaux, la situation de concurrence étant nécessaire²³¹, alors que d'autres approuvent la jurisprudence qui estime que la situation de concurrence entre les parties ne doit pas être caractérisée²³². Il ressort de la jurisprudence qui admet l'action « sans caractériser une situation de concurrence directe ou effective »²³³ qu'elle justifie cette admission par le souci de ne pas ajouter cette condition à celles prévues par la responsabilité délictuelle. Il est en effet certain que toute personne qui subit un préjudice peut, en vertu de cette responsabilité, en obtenir réparation, mais en l'absence d'une situation de concurrence, la question de savoir s'il s'agit d'une action en responsabilité civile ou d'une action en raison d'un acte de concurrence déloyale peut se poser. En tout état de cause, les solutions visent à indemniser des victimes d'agissements fautifs, faisant ressortir l'aspect protecteur de l'action en concurrence déloyale.

80. L'objectif de protection de l'action en concurrence déloyale. Au-delà de la protection de la « victime » du fait constitutif de concurrence déloyale, la doctrine a mis en évidence le fait que l'action en concurrence déloyale pouvait être vue comme une action protégeant la loyauté sur le marché²³⁴ ou protégeant les consommateurs²³⁵. Ces deux objectifs

comporte pas ». L'arrêt sera confirmé par Cass. com. 12 fév. 2008, n°06-17.501, Bull. civ. IV, n°32, D., 2008, p. 2573, note Y. Picod ; JCP E, 2009, 1739, note G. Decocq *in* Chr. « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », n°4 ; CCC 2008, comm. 103, note M. Malaurie-Vignal ; P. Aff., 2008, n°209, p.4, note sous arr. A. Mendoza-Caminade ; RLDA, avr. 2008, n°26, p. 45, note C. Anadon ; Concurrences, 1-2009, p. 126, note S. Morel *in* D. Fasquelle, M.-C. Mitchell, M. Dany : « Pratiques restrictives concurrence déloyale clause de non concurrence », chr. p.126-132 spéc. p. 130 ; Dans cette espèce, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui « n'avait pas à caractériser une situation de concurrence directe ou effective entre les sociétés La Fermière et Yoplait, lesquelles ne sont pas des conditions de l'action en concurrence déloyale qui exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice ». V. aussi : Cass. com., 27 janv. 2009, n°07-15.971, CCC, 2009, comm. 78, note M. Malaurie-Vignal. Dans cette espèce, la Cour de cassation estime que la Cour d'appel « n'avait pas à rechercher si les deux sociétés en causes avaient pour clients les mêmes annonceurs ».

²³⁰ Sur ce point, v. Y. Serra : *Rapport introductif*, précité, p.5-6.

²³¹ J.-B. Blaise : *op. cit.*, n°615 ; L. Vogel : *op. cit.*, n°719, l'auteur estimant que l'exigence sera plus stricte pour la confusion que pour le dénigrement où « le rapport étroit de concurrence n'est pas exigé » ; L. Vogel : *droit de la concurrence européen et français*, Paris : Lawlex, Coll. Juriscience, traité de droit économique, Tome 2, 2012, n°456 ; S. Petidelièvre : *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Cours, série droit privé, 2013 n°326 et 333 ; M. Pédamon, H. Kenfack : *op. cit.*, n°672 ; A. Bertrand : *op. cit.*, p.32 ; *adde.* G. Ripert : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1951, n°86.

²³² Y. Auguet : th. précitée, n°471 s ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°482 ; M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°300 ; D. Houtcieff : *op. cit.*, n°1097 ; G. Decocq et A. Ballot-Léna : *op. cit.*, n°646 ; Y. Picod : « Plaidoyer pour une consécration légale de la concurrence déloyale », *in Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Paris : Dalloz, 2006, p. 359-371, n°8 ; R. Bouniol : « Loyauté et concurrence » *in Droit et loyauté*, dir. F. Petit, colloque, Avignon, 2015, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 85-94, spéc. p. 92-93.

²³³ Pour reprendre les termes de Cass. com., 12 fév. 2008, précité.

²³⁴ M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°299 ; Y. Picod : « Concurrence déloyale et intervention fautive sur un marché », *in Droits de propriété intellectuelle : liber amicorum Georges Bonet*, Paris : Lexis-Nexis, Coll. Le droit

ne sont pas les objectifs originels de l'action en concurrence déloyale qui, en tant qu'action en responsabilité civile délictuelle, tend à la réparation d'un préjudice causé par une faute, cette faute étant un fait constitutif de concurrence déloyale. La conséquence de cette sanction des faits constitutifs de concurrence déloyale est en effet la préservation d'une certaine loyauté sur le marché. Cependant, l'objectif de protection des consommateurs apparaît plus éloigné de l'action en concurrence déloyale²³⁶. Le consommateur peut être atteint par le fait constitutif de concurrence déloyale mais les actions en justice dont il dispose sont différentes et sont incluses dans le Code de la consommation, sous le titre « pratiques commerciales déloyales »²³⁷. Il est nécessaire de distinguer ces notions. La protection du consommateur est l'objectif de la réglementation sur les pratiques commerciales déloyales, alors qu'elle ne peut être qu'une conséquence de l'action en concurrence déloyale, dont l'objectif est la protection de la victime du fait de concurrence déloyale. Les finalités des deux actions sont différentes, et la responsabilité civile délictuelle, sanction de la concurrence déloyale, n'existe pas spécifiquement en matière de pratique commerciale déloyale, où la sanction est de nature pénale²³⁸. Il s'ensuit que le consommateur peut agir pour un fait constitutif de concurrence

des affaires. Propriété intellectuelle, 2010, p. 421-430 ; P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Guidicelli, J. Julien, D. Krajieski, M. Poumarède : *op. cit.*, n°7013 ; D. Legeais : *op. cit.*, n°629.

²³⁵ Y. Auguet : th. précitée, n°497 ; A. Pirovano : « La concurrence déloyale en droit français », précité, spéc. n°7 et n°64 ; J. Stuyck : « La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs », in *Concurrence et consommation*, colloque, 1993, sous la dir. de Y. Serra et J. Calais-Auloy, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1994, p. 95-109, spéc. p. 99 s. J. Calais-Auloy, H. Temple : *Droit de la consommation*, précité, n°80-1 ; J. Calais-Auloy : « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Paris : Dalloz, 2006, p. 59-67 ; Y. Serra : *Le droit français de la concurrence*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1993, p. 31 ; M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°304 ; M.-L. Izorche : art. précité, n°18 ; Y. Picod : « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », précité, n°7 ; P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Guidicelli, J. Julien, D. Krajieski, M. Poumarède : *op. cit.*, n°7013 ; D. Legeais : *op. cit.*, *loc. cit.* ; V. *contra* M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°480 pour qui le « droit de la concurrence déloyale ne vise pas à protéger une catégorie d'acteurs économiques » ; M. Toporkoff : *op. cit.*, p. 131 et s, 143 et s, où l'auteur de l'ouvrage intitulé « droit de la concurrence déloyale » traite des pratiques commerciales déloyales et trompeuses et de la publicité comparative, qui sont pourtant des pratiques appréhendées sur le fondement du Code de la consommation ; semblant ainsi assimiler l'ensemble un ensemble de notions distinctes.

²³⁶ Ainsi, l'objectif ne peut être la protection des consommateurs, même si le résultat peut aller dans ce sens, V. sur ce point, tendant à démontrer que l'action en concurrence déloyale peut aboutir à la protection des consommateurs : J. Calais-Auloy : « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra Paris : Dalloz, 2006, p. 59-67.

²³⁷ Art. L. 121-1 C. conso. Le texte dispose dans son al. 4 que les pratiques commerciales déloyales peuvent être des pratiques commerciales trompeuses, ou des pratiques commerciales agressives. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 120-1 C. conso.) ; V. not. au titre des pratiques commerciales trompeuses, art. L. 121-2 C. conso qui prévoit dans son 1° qu'une pratique commerciale est trompeuse « lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent ». Cette pratique constitue, entre entreprises, une forme de concurrence déloyale.

²³⁸ En cas de pratique commerciale trompeuse, l'art. L. 132-2 C. conso (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-6 C. conso.) prévoit au maximum un emprisonnement de deux ans et une amende de 300 000 euros, le texte précisant que l'amende peut être portée à 50% des dépenses de publicité ou de la pratique. En cas de pratique commerciale agressive, l'art. L. 132-11 (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301,

déloyale sur le fondement des pratiques commerciales déloyales, et non pas sur celui de la responsabilité civile délictuelle. Il n'en va pas de même pour le professionnel qui, sur le fondement du Code de la consommation, peut agir pénalement pour faire cesser une pratique qui le vise²³⁹, mais devra passer par l'action en concurrence déloyale pour obtenir civilement la réparation de son préjudice²⁴⁰. Les différences entre les actions du Code de la consommation et l'action en réparation du préjudice subi, fondée sur les dispositions du Code civil, impliquent qu'il semble impossible d'attribuer à l'action en concurrence déloyale, de manière générale, un objectif de protection des consommateurs. Pour autant, il n'est pas impossible que l'action ait pour conséquence une protection des consommateurs contre ces actes. De même, les dispositions du Code de la consommation s'agissant des pratiques commerciales déloyales sont, pour une part d'entre elles, applicables aux pratiques mises en place entre professionnels. Ces derniers peuvent donc dénoncer ces pratiques sur ce fondement, en agissant pénalement. Cet enchevêtrement de dispositions sémantiquement proches, ajouté à la multiplication des pratiques atteintes sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence implique de s'interroger sur la distinction entre la concurrence déloyale et la concurrence illicite.

81. L'effacement progressif des frontières entre concurrence déloyale et concurrence illicite. Traditionnellement bien distinctes²⁴¹, la concurrence illicite et la concurrence déloyale tendent pourtant parfois à se confondre, et certains auteurs voient dans certaines formes de concurrence illicite des applications de la concurrence déloyale²⁴². C'est ainsi que, traditionnellement sanctionnée sur le fondement de la concurrence déloyale, la

anc. art. L. 122-12 C. conso.) prévoit une peine maximale est de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ; Il faut néanmoins préciser que l'action en responsabilité civile délictuelle est toujours possible, à condition d'en démontrer les conditions.

²³⁹ V. art. L. 121-5 C. conso. (Cf. avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 120-1, III C. conso.) qui prévoit que règles relatives aux pratiques commerciales trompeuses sont « applicable aux pratiques qui visent les professionnels », les textes visant par exemple la confusion, les allégations fausses, ou le fait que la personne pour le compte de laquelle la pratique est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable. De même, l'art. L. 121-4 C. conso. dresse une liste de vingt-deux pratiques commerciales réputées trompeuses. La possibilité d'action du professionnel ne semble pas prévue s'agissant des pratiques commerciales trompeuses qui visent les consommateurs ; *Adde* : art. 11 de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005.

²⁴⁰ En ce sens : J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Arnaud-Grossi, L. Merland, N. Tagliarino-Vignal : *op. cit.*, n° 169 ; les auteurs citant pour l'action civile en concurrence déloyale d'un professionnel Cass. com., 7 juil. 2009, n°08-11.660, Bull. civ. IV, n°104 où suite à une publicité trompeuse, la victime de celle-ci a assigné son auteur en concurrence déloyale afin d'obtenir réparation de son préjudice.

²⁴¹ Ancienne, la distinction est reprise par la doctrine : P. Roubier : *op. cit.*, n°108 et s. ; A. Pirovano : « La concurrence déloyale en droit français », précité, n°18 s. ; M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°307 ; M. Pédamon, H. Kenfack : *op. cit.*, n°663 ; L. Nicolas-Vuillerme : Jcl Concurrence-consommation, fasc. 209 : Pratiques restrictives de l'article L.442-6 du Code de commerce, n°15.

²⁴² Historiquement, la concurrence déloyale est d'ailleurs le premier moyen de régulation de la concurrence, apparu au XIX^{ème} siècle, alors que la concurrence illicite est apparue après la seconde guerre mondiale ; Cf. *Supra*, n°76. V. M. Toporkoff : *op. cit.*, *loc. cit.*, où l'auteur traite comme des principaux cas de concurrence déloyale de la publicité comparative ou encore des pratiques commerciales déloyales et trompeuses.

publicité comparative²⁴³ a été légalement consacrée, dans le Code de la consommation²⁴⁴, devenant, en cas de non-respect des conditions, une forme de concurrence illicite²⁴⁵. La possibilité pour un professionnel de demander des sanctions pénales en cas de pratique commerciale trompeuse mise en place au détriment des consommateurs peut aboutir à fonder, sur ces dispositions, une action de sanction d'un fait constitutif de concurrence déloyale²⁴⁶. Cependant, le professionnel garde la possibilité de se fonder sur les articles 1240 et 1241 du Code civil²⁴⁷ et sur l'action en concurrence déloyale pour demander réparation du préjudice qu'il subit. S'agissant de certaines dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence, des auteurs les voient également comme des applications de la concurrence déloyale²⁴⁸. Selon ce raisonnement, certaines formes de concurrence déloyale sont désormais sanctionnées au titre de la concurrence illicite²⁴⁹, à la faveur de l'extension de celle-ci, de sorte que le domaine de la concurrence déloyale se réduirait à mesure que celui de la concurrence illicite augmenterait. Pour autant, il convient de mesurer l'effacement des frontières entre concurrence déloyale et concurrence illicite, qui semblent ne pouvoir s'assimiler, tant parce que la concurrence illicite nécessite un texte spécifique que parce que les sanctions de celle-ci sont très différentes. Les pratiques qui sont aujourd'hui atteintes sur le fondement de la concurrence déloyale sont le résultat d'une évolution. S'il est possible de constater qu'un certain nombre de pratiques entrent traditionnellement dans la concurrence déloyale, désormais atteintes par des textes spécifiques, il ne paraît pas, en l'état actuel de la réglementation,

²⁴³ Cf. directive 2006/114/CE, précitée.

²⁴⁴ Art. L. 122-1 et s. C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-8 s. C. conso ; où la publicité comparative est encadrée sous le titre : « pratique commerciale réglementée » ; elle était auparavant atteinte comme un fait de dénigrement, constitutif de concurrence déloyale.

²⁴⁵ En ce sens : J.-B. Blaise : *op. cit.*, n°619 ; V. *contra* : P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Guidicelli, J. Julien, D. Krajewski, M. Poumarède : *op. cit.*, n°7017 où les auteurs expriment à l'inverse que la concurrence illicite est une forme de concurrence déloyale.

²⁴⁶ V. par ex. la possibilité d'action pour la confusion, prévue par l'art. L. 121-5 C. conso. alors même que la confusion est traditionnellement un fait constitutif de concurrence déloyale.

²⁴⁷ Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1382 et 1383 C. civ.

²⁴⁸ Y. Picod : « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », précité, n°4 ; M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives*, th., préf. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2012, n°522 ;

²⁴⁹ V. par ex. : l'interdiction de l'art L. 442-6, I, 6° C. com. de « participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive » constitue une consécration légale d'une forme de concurrence déloyale, la désorganisation de l'entreprise, puisque la jurisprudence sanctionnait des actes similaires sur le fondement de la concurrence déloyale ; v. par ex. Cass. com., 27 oct. 1992, n°89-21.064, Bull. civ., IV, n°330 ; cette consécration légale étant étudiée par M. Pédamon et H. Kenfack : *op. cit.*, n°669 ; L'interdiction de l'article L.442-2 C. com. de la revente à perte constitue une consécration d'une autre forme de désorganisation, celle du marché, comme le relèvent G. Decocq et A. Ballot-Léna : *op. cit.*, n°645. V. aussi les développements de M. Toporkoff : *op. cit.*, p. 131 s et p.143 s.

possible d'en déduire une notion unique²⁵⁰. Une évolution de la réglementation n'est cependant pas à exclure.

b. Evolution de la réglementation sur la concurrence déloyale.

82. La possibilité d'une consécration légale de la concurrence déloyale. La concurrence déloyale, fondée sur la responsabilité civile, est sanctionnée depuis le XIX^{ème} siècle²⁵¹. Cette première limite à la concurrence est longtemps restée la seule. Ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale que le législateur a mis en place une réglementation sur la concurrence²⁵², comme un élément du nécessaire contrôle des prix. La réglementation par des lois spéciales s'est ensuite développée²⁵³, alors que la concurrence déloyale restait une construction jurisprudentielle. La loi a parfois consacré des comportements auparavant atteints sur le fondement de la concurrence déloyale²⁵⁴, sans pour autant vider celle-ci de l'ensemble de sa substance. La concurrence déloyale n'est donc pas légalement consacrée en France. Pour autant, sa source est légale dans d'autres états européens comme par exemple l'Allemagne²⁵⁵, l'Espagne²⁵⁶, ou encore la Belgique²⁵⁷. Des auteurs²⁵⁸, et même un rapport²⁵⁹ ont proposé sa consécration par la loi. S'inspirant de la loi allemande, ils proposent par exemple une

²⁵⁰ La doctrine continue d'ailleurs majoritairement à opérer la distinction classique entre concurrence déloyale et concurrence illégale, Cf. : M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°307 ; M. Pédamon, H. Kenfack : *op. cit.*, n°663 ; L. Nicolas-Vuillermé : *op. cit.*, n°15.

²⁵¹ Convention de l'Union de Paris pour la propriété intellectuelle précitée, art. 10 bis, al. 1^{er} ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu : *op. cit.*, n°10 ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°480 ; M. Pédamon, H. Kenfack : *op. cit.*, n°660 ; D. Legeais : *op. cit.*, n°624.

²⁵² Ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, art. 50 s, visant les ententes, les abus de position dominante et de puissance économique.

²⁵³ Cf. *Supra*, n°24 et s. ; notamment avec l'ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, moment à partir duquel le droit de la concurrence s'émancipe de la lutte contre les hausses de prix, v. *Supra*, n°25 et s.

²⁵⁴ Cf. *Supra*, n°75.

²⁵⁵ En Allemagne, une loi spécifique à la sanction des comportements de concurrence déloyale existe depuis plus d'un siècle, avec la loi du 27 mai 1896, puis celle du 7 juin 1909, aujourd'hui remplacée par la loi du 3 juil. 2004, *Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – UWG* ; Sur cette loi, v. Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, *op. cit.*, n°138 ; H. Becker : « La nouvelle loi allemande du 7 juillet 2004 sur la concurrence déloyale », art. précité.

²⁵⁶ En Espagne, une loi sur la concurrence déloyale n°3/1991 du 10 janvier 1991 a pour objectif la protection des concurrents comme celle des consommateurs.

²⁵⁷ En Belgique, l'article 95 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs prévoit que « les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché par lesquels une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises ».

²⁵⁸ Y. Picod : « Plaidoyer pour une consécration légale de la concurrence déloyale », art. précité.

²⁵⁹ G. Canivet : *Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce*, Paris : La documentation française, 2004, p. 97 qui propose de l'insérer dans un Livre IV du Code de commerce au titre modifié dans l'Annexe 3, p. 159-160. Le rapport rapproche la concurrence déloyale et les pratiques restrictives de concurrence. La concurrence déloyale serait légalement consacrée, à proximité des pratiques restrictives, mais en tant qu'action en responsabilité civile, c'est-à-dire sans modification majeure, ni de la concurrence déloyale, ni du droit des pratiques restrictives de concurrence.

consécration sous forme d'une clause générale, et d'une liste non exhaustive d'applications²⁶⁰. La consécration légale de la concurrence déloyale ne pourra aboutir à une inscription dans une loi spéciale d'une règle identique à celle contenue dans la loi générale. Il semble qu'elle ne puisse pas non plus passer par une assimilation de celle-ci avec la concurrence illégale. Cette question pose en réalité un double problème plus large. D'une part, celui de la distinction entre les pratiques qui sont atteintes sur le fondement de la concurrence déloyale et les clauses et les pratiques qui sont réglementées par le droit de la concurrence illégale. En effet, alors que la concurrence déloyale sanctionne des pratiques, la concurrence illégale s'intéresse indistinctement à des clauses et à des pratiques. D'autre part, se pose le problème de la distinction des sources de ces deux pans du droit de la concurrence, l'un fondé sur la loi générale, le droit commun, et l'autre sur la loi spéciale, le droit des pratiques restrictives de concurrence, mais aussi le droit de la consommation en ce qui concerne par exemple la publicité comparative, ou plus généralement les conséquences pour les consommateurs des pratiques atteintes sur le fondement de la concurrence déloyale. Sous cet angle, la concurrence déloyale pourrait être au cœur des préoccupations de l'Union européenne.

83. La possibilité d'une harmonisation européenne de la concurrence déloyale. La disparition de la référence à la concurrence déloyale dans le Préambule du Traité²⁶¹ ne saurait s'analyser comme un renoncement de l'Union à légiférer en matière de concurrence déloyale. Elle s'explique sans doute davantage par une évolution. L'un des objectifs de la Communauté économique européenne, lors du Traité de Rome, était de créer le Marché unique. Dans ce cadre, la Communauté a été amenée à légiférer en matière de concurrence, en répondant à l'objectif de loyauté affirmé dans le Traité. Cet objectif ne correspondait donc pas à la définition de la concurrence déloyale qui existe au niveau interne dans les états membres, et notamment en France. Il s'agissait de poser des règles au niveau du Marché unique, comme la prohibition des ententes et des abus de position dominante.

Pourtant, postérieurement, l'Union européenne a été indirectement amenée à légiférer dans le domaine de la concurrence déloyale²⁶². La directive relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs envisage une telle perspective²⁶³. Le

²⁶⁰ V. loi allemande du 3 juil. 2004 précitée, art. 3 et 4 ;

²⁶¹ Comme vu *Supra*, n°76, le Préambule du Traité instituant la Communauté Economique Européenne du 25 mars 1957 comportait une mention relative à la lutte contre la concurrence déloyale ; mention qui a disparu lors de la modification du Traité en Traité sur l'Union Européenne par le Traité de Maastricht, du 7 février 1992.

²⁶² Cf. directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, précitée.

²⁶³ Directive 2005/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, Considérant 8 : « La présente directive protège expressément les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales

texte protège les consommateurs mais aussi, indirectement, les entreprises, garantissant une concurrence loyale. Il prévoit également la possibilité de légiférer en matière de concurrence déloyale. Certaines formes de concurrence déloyale sont ainsi atteintes par la directive de 2005, puisqu'elle « offre » sa protection aux professionnels qui sont face à des concurrents qui mettent en place des pratiques commerciales déloyales. Mais, la définition des pratiques commerciales déloyales donnée par la directive semble également pouvoir accueillir certaines formes de concurrence déloyale. Outre la largeur de la définition des « pratiques commerciales »²⁶⁴, la pratique commerciale déloyale est définie comme une pratique « contraires aux exigences de la diligence professionnelle », et qui « altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse »²⁶⁵. Cette définition semble à même d'inclure un certain nombre de comportements sanctionnés sur le fondement de la concurrence déloyale²⁶⁶. Ainsi, par exemple, le dénigrement d'un concurrent dans une conduite, une démarche ou une communication qui est en lien avec la vente d'un produit au consommateur, peut entrer dans le champ d'application de la directive, alors même qu'il s'agit d'un acte de concurrence déloyale. Il en va de même pour les actions d'une entreprise visant à créer une confusion entre les produits qu'elle souhaite vendre à des consommateurs et les produits d'une autre entreprise. La directive de 2005 aboutit dès lors à une réglementation indirecte de certaines pratiques commerciales déloyales, qui sont *a priori* appréhendées sur le fondement de la concurrence déloyale. Il faut cependant composer avec une phrase de la directive qui précise qu'elle « ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels »²⁶⁷. C'est ainsi que le fait

déloyales des entreprises à leur égard. Dès lors, elle protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la présente directive, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne. Il va de soi qu'il existe d'autres pratiques commerciales qui, si elles ne portent pas atteinte aux consommateurs, peuvent néanmoins porter préjudice aux concurrents et aux clients des entreprises. Il convient que la Commission examine attentivement s'il y a lieu d'envisager une action communautaire en ce qui concerne la concurrence déloyale au-delà du champ d'application de la présente directive et formule, si nécessaire, une proposition législative couvrant ces autres formes de concurrence déloyale ».

²⁶⁴ Directive 2005/29/UE, art. 2, d) définit les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ».

²⁶⁵ Directive 2005/29/UE, art. 5.

²⁶⁶ G. Chantepie : « La détermination de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives des pratiques commerciales déloyales », in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Evolution et perspectives*, Colloque, sous la dir. de E. Terry et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2012, p. 86-103, n°2.

²⁶⁷ Directive 2005/29/UE, considérant 6.

que la pratique vise à influencer le comportement économique du consommateur est un élément déterminant, sans lequel la directive s'en remet à l'application des législations nationales. Sur ce point, un auteur estime qu'il est difficile de déceler une pratique commerciale limitée exclusivement à une relation entre deux professionnels²⁶⁸. En suivant ce raisonnement, la directive de 2005 semble couvrir une partie du champ d'application de la concurrence déloyale, et implique, face à une pratique qualifiable de concurrence déloyale, de se demander si elle vise à influencer le comportement économique du consommateur. Si tel est le cas, la question de l'application de la directive se pose, tandis que celle de la réduction du champ d'application de la concurrence déloyale se précise.

84. Elargissement de la concurrence déloyale et diminution progressive de son champ d'application. La concurrence déloyale permet la sanction de pratiques sur le fondement du droit commun, le droit de la responsabilité civile délictuelle. De plus, l'évolution de la notion de concurrence déloyale, et notamment la possibilité de l'invoquer même en l'absence d'une situation de concurrence entre les parties, participe d'une sanction plus large des pratiques sur ce fondement. Ce fondement de la responsabilité délictuelle sied particulièrement bien à la sanction des pratiques, qui sont des faits juridiques, qualifiés alors de faits fautifs, et source de responsabilité et de réparation du préjudice causé. Il faut pourtant prendre garde et lier l'élargissement possible de ce champ d'application au développement de lois spéciales, et aux volontés de consécutions légales, internes ou européennes, qui conduiraient à la fin d'une construction jurisprudentielle ancienne et stable. Nombre de lois spéciales appréhendent des faits qui pourraient être sanctionnés sur le fondement de la concurrence déloyale, que ces lois soient incluses dans le droit de la consommation, ou dans le droit des pratiques restrictives de concurrence. Enfin, la concurrence déloyale trouve à s'appliquer entre deux entreprises qui ne sont pas en relations contractuelles. Si une application de la concurrence déloyale à des entreprises qui sont ou qui ont été liées par un contrat a pu être réalisée²⁶⁹, cela reste rare. Les mauvaises pratiques mises en place dans un tel contexte

²⁶⁸ B. Keirsbilck : « Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales déloyales « b2c » et « b2b » ? », in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Evolution et perspectives*, Colloque, sous la dir. de E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2012, p. 156-175, n°6.

²⁶⁹ Y. Picod : « Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle », précité, où l'auteur estime p.26 que la « concurrence déloyale contribue paradoxalement à la puissance du souffle du contrat », citant des exemples d'application de la concurrence déloyale à « l'occasion de situation contractuelles » (p. 24-25), par exemple, en cas d'annulation du contrat contenant la clause, au cas où les parties n'ont pas prévu de telle clause, et peut être appliquée au tiers complice du non-respect de la clause de non-concurrence. C'est ainsi que, dans certains cas, la concurrence déloyale s'applique à l'occasion de contrats.

devront être sanctionnées, non pas sur ce fondement, mais sur des fondements spécifiques du droit des contrats.

B. Les pratiques saisies par le droit des contrats.

85. Les pratiques saisies par les notions du droit des contrats. Le droit des contrats ne semble pas être de prime abord le moyen privilégié de sanctionner des pratiques, qui correspondent à des faits juridiques, à des comportements. Le droit des contrats est en effet un droit de l'acte juridique²⁷⁰. Cette considération serait pourtant trop hâtive, et conduirait à ne donner aucune place aux comportements, positifs ou négatifs, qui ont lieu pendant l'exécution d'un contrat²⁷¹. Plusieurs fondements ont en effet été appelés pour sanctionner, dans un cadre contractuel, les comportements de contractants qu'il est possible de nommer des pratiques anti-contractuelles, c'est-à-dire qui vont à l'encontre de l'objet du contrat ou de l'intérêt du partenaire contractuel. Les fondements dont il est question n'ont pas été développés pour combattre des inexécutions contractuelles, mais pour réglementer des comportements en cours d'exécution. C'est ainsi que l'abus, commis à l'intérieur même du contrat, a permis la sanction de pratiques mises en œuvre dans un contexte contractuel (1). De même, la bonne foi, comme devoir lors de la conclusion et lors de l'exécution du contrat, permet de limiter des pratiques anti-contractuelles (2). Enfin, les notions d'équilibre et de proportionnalité permettent également d'atteindre ces pratiques (3).

1. La contribution de l'abus à la sanction des pratiques par le droit des contrats.

86. La place de l'abus en droit des contrats. L'abus est une notion qui a connu un certain développement en doctrine (a), mais dont l'influence en droit des contrats demeure à l'heure actuelle cantonnée, à l'abus dans la fixation du prix dans les contrats de distribution (b), et à la récente introduction en droit civil de l'abus de l'état de dépendance (c).

²⁷⁰ Même si contrat et acte juridique ne se confondent pas, puisqu'il s'agit de l'espèce et du genre, l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 a prévu, dans l'art. 1100-1 C. civ. que les actes juridiques « obéissent en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets aux règles qui gouvernent les contrats ». Aussi, est-il possible de trouver des règles relatives aux contrats (art. 1101 et s. C. civ.), mais aucune ne concerne, de manière générale, les actes juridiques.

²⁷¹ V. B. Fages : *Le comportement du contractant*, th., préf. J. Mestre, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 1997.

a. *La notion d'abus en droit des contrats.*

87. Abus en droit de la concurrence et abus en droit des contrats. Si un auteur a pu dire que « le droit de la concurrence est un droit de l'abus »²⁷², il s'agit également d'un droit réglementant des pratiques. En effet, les abus de position dominante, les abus de puissance économique, ou encore les prix abusivement bas sont autant de pratiques sanctionnées en droit de la concurrence qui recèlent la notion d'abus. Il s'agit même d'un critère, l'abus fait basculer la pratique d'une pratique normale de marché, à une pratique anticoncurrentielle. Il est nécessaire d'opérer une distinction entre ces abus sanctionnés en droit de la concurrence et les abus en droit des contrats. Dans les situations précitées, il n'y a pas, ou du moins pas nécessairement, de contrat entre les parties qui sont des acteurs sur un marché, et qui peuvent se livrer à des pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit d'ailleurs d'une « exploitation outrancière d'une situation de fait, d'une mise à profit d'une situation de force au détriment d'intérêts plus vulnérables »²⁷³. La présente étude se propose de s'intéresser à l'abus en tant que notion permettant de saisir des pratiques mises en œuvre dans un contexte de relation contractuelle entre les parties. Les pratiques anticoncurrentielles peuvent être vues comme un corps de règles sanctionnant des abus, mais non comme un corps de règles destinées à réglementer des rapports contractuels entre des parties²⁷⁴.

88. Notion d'abus de droit. L'abus désigne « l'usage mauvais qu'on fait de quelque chose »²⁷⁵, « l'usage excessif d'une prérogative juridique, l'action consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite »²⁷⁶. L'abus d'un droit serait donc commis lorsque son auteur est sorti des limites légales de ce droit. Ce résumé, exprimé autrement sous la célèbre formule « le

²⁷² O. Benoît : « Le droit de la concurrence est un droit de l'abus : brèves observations », in Dossier : *L'abus dans le droit des affaires*, Dr. et patr., juin 2000, n°83.

²⁷³ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « abus », second sens, avec comme exemples les abus du droit de la concurrence précités.

²⁷⁴ La distinction a pu être soulignée par A.- S. Choné : *Les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, th. préf. B. Teyssié, Paris : Economica, coll. Recherches juridiques, 2010, spéc. n°528, où l'auteur montre que si le droit de la concurrence peut appréhender certains abus de domination, ceux qui s'analysent comme des « abus de marché », ceux qui portent préjudice à des contractants doivent être appréhendés par le droit des contrats ; L'analyse qui appelle le droit des pratiques anticoncurrentielles pour traiter des abus commis dans un cadre contractuel est cependant défendue par A. Cathiard : *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, Préf. X. Lagarde, Aix-en-Provence, PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2006, n°216 s ; P. Stoffel-Munck : *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, Bibl. droit privé, t. 337, Paris : LGDJ, 2000, n°602 et s., ne s'y trompe pas et relève que les abus dont il est question en droit de la concurrence sont des atteintes à la concurrence, au marché. Il relève cependant que le droit des pratiques anticoncurrentielles impose l'abus comme une limite aux clauses, de sorte qu'il peut servir de fondement à la sanction de clauses anticoncurrentielles, vues comme des « clauses abusives lato sensu », n°632 s.

²⁷⁵ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « abus ».

²⁷⁶ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « abus », premier sens.

droit cesse où l'abus commence »²⁷⁷ a conduit à un débat doctrinal nourri au cours de la première moitié du vingtième siècle. Certains auteurs soutenaient en effet que l'expression « usage abusif des droits » est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite ; et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit »²⁷⁸. Ainsi, on ne peut abuser d'un droit, et l'acte réalisé en se fondant sur un droit ne peut être que licite. L'abus de droit ne peut exister car « un même acte ne peut être à la fois conforme et contraire au droit »²⁷⁹. D'autres auteurs donnaient à l'abus de droit une autre définition, selon laquelle cela ne consisterait pas à sortir des limites légales du droit. En restant dans ces limites, l'abus de droit serait commis lorsque l'acte, en étant conforme au droit subjectif, est contraire au droit objectif²⁸⁰. Il s'agit, comme l'a mis en évidence un auteur, de deux visions différentes de ce que peut être la théorie de l'abus des droits²⁸¹. La première consiste à assimiler l'abus à la faute, source de responsabilité civile²⁸². La seconde consiste à poser une limite à l'exercice du droit subjectif, l'abus permettant de poser des limites au droit²⁸³. L'utilisation de la théorie de l'abus de droit pour décrire certaines fautes en droit de la responsabilité civile ne paraît pas être indispensable, d'autant qu'elle aboutit à admettre au sein de la notion de faute, classiquement admise en droit de la responsabilité civile, la notion d'abus. Cependant, nombre de cas mis en évidence par la doctrine comme des abus sont sanctionnés par la responsabilité de leur auteur²⁸⁴. La vision de la théorie de l'abus de droit comme une limite à l'exercice du droit subjectif n'aboutit pas non plus à une acceptation de cette théorie en droit positif. La description de l'existence d'une limite n'est en effet pas suffisante pour donner toute sa place à la théorie de l'abus de droit. Ce n'est d'ailleurs pas le sens des positions doctrinales favorables à cette définition²⁸⁵. Elles insistent davantage sur le fait qu'il est possible d'exercer un droit

²⁷⁷ M. Plagniol : *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, 9^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1923, n°871.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ *Ibidem*. Egalement en ce sens : R. Demogue : *Traité des obligations en général*, I, Tome IV, Paris ; Librairie Arthur Rousseau, 1924, n°670 et s., spéc. n°678.

²⁸⁰ L. Josserand : *Essai de téléologie juridique, de l'esprit des droits et de leur relativité, de la théorie dite de l'abus des droits*, 2^{ème} éd., 1939, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, réédition 2006.

²⁸¹ Ces deux conceptions sont mises en évidences dans la th. de P. Stoffel-Munck : n°8 s et 32.

²⁸² P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Guidicelli, J. Julien, D. Krajieski, M. Poumarède : *op. cit.*, n°6865 ; M.-S. Payet : *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibl. des thèses, 2001, n°113 ; A.-S. Choné : *Les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, th. préf. B. Teyssié, Paris : Economica, coll. Recherches juridiques, 2010, n°273.

²⁸³ A. Cathiard : *op. cit.*, n°1 ; G. Ripert : *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1949, n°96 et s., où l'auteur, refusant de confondre entre celui qui a commis une faute, et celui qui a commis un abus de droit, analyse l'abus de droit comme un acte « inspiré uniquement par la pensée de nuire à autrui » (n°102), ce qui n'est pas toujours le cas d'une faute.

²⁸⁴ Ainsi, en matière de propriété, art. 544 C. civ. qui limite le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue à un usage non prohibé par les lois et les règlements, ou encore en matière de relations de travail, art. L. 1235-5 al. 2 qui prévoit la responsabilité de l'employeur en cas de licenciement abusif.

²⁸⁵ L. Josserand : *op. cit.*, *loc. cit.*

subjectif de manière légale, mais abusive par rapport au droit objectif. Il s'agit donc non pas d'une faute, mais du degré précédent, qui se trouve entre l'exercice du droit, et l'exercice fautif du droit. La théorie de l'abus de droit recouvre une zone qu'il est possible de décrire comme grise, la limite de l'exercice du droit n'étant pas forcément clairement tracée. Il s'agit d'une zone dans laquelle l'exercice du droit est légal mais méconnaît des règles de droit objectif. Cette analyse se retrouve à l'étude de la place de l'abus de droit en matière contractuelle.

89. L'abus de droit en matière contractuelle. La théorie de l'abus de droit suppose un droit. En droit des biens, le droit de propriété ou l'usufruit sont susceptibles d'abus²⁸⁶, mais l'identification d'un droit susceptible d'abus en matière contractuelle n'est pas nécessairement aisée²⁸⁷. Le manquement au devoir de bonne foi est parfois considéré comme un abus, celui-ci étant décrit comme une « faute de comportement »²⁸⁸. Il ne s'agit pourtant nullement d'un droit, mais d'un devoir qui incombe à tout contractant²⁸⁹. Le contractant qui manque à son devoir de bonne foi commet une faute, mais celle-ci ne doit pas s'apparenter à un abus²⁹⁰. Le contractant qui commet un abus exerce un droit en portant atteinte aux intérêts de son contractant. Son exercice n'est pas en soi fautif, mais est abusif, et se place naturellement à un degré moindre que la faute, un auteur décrivant ce comportement comme « la goutte qui fait déborder le vase »²⁹¹.

Les droits susceptibles d'abus en matière contractuelle sont d'abord le droit de contracter ou de ne pas contracter et de déterminer le contenu du contrat, ou encore le droit de rompre le contrat s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée. Mais, sont également des droits

²⁸⁶ L'abus du droit de propriété est commis en cas d'intention de nuire à autrui. Par ex. l'affaire Clément-Bayard, Req. 3 août 2015, n°00-02-378, où le propriétaire d'un fonds avait dressé des piquets en bois coiffés de pointes en fer afin de dissuader le survol de sa propriété par des dirigeables, pilotés par son voisin. La sanction de cet abus de droit est l'obligation faite par les juges de retirer les points en fer qui surmontent les piquets ; L. Cadiet, P. Le Tourneau : Rep. civ. Dalloz, V° « abus de droit », n° 47 et s. S'agissant de l'usufruit, l'art. 618 C. civ prévoit que : « l'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien ».

²⁸⁷ D. Mainguy : « Premiers regards sur l'abus de droit dans les contrats », in Dossier *L'abus de droit dans les contrats*, Cah. dr. ent., 1998/6, p. 1s, où l'auteur constate que « faire entrer la liberté contractuelle dans le domaine des droits susceptibles d'abus n'est pas neutre », en y consacrant la première partie de sa démonstration ; L. Fin-Langer : *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 366, n°402.

²⁸⁸ P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, n°10 et s ; P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Guidicelli, J. Julien, D. Krajewski, M. Poumarède : *op. cit.*, n°6895 ;

²⁸⁹ Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, Bibl. de droit privé, t. 208, Paris : LGDJ, 1989.

²⁹⁰ La notion de faute suppose en effet « le manquement à un devoir ou la transgression d'un droit » (G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « faute », alors que l'abus implique « l'usage excessif d'une prérogative juridique » (*Idem*, V° « abus »).

²⁹¹ B. Fages : « L'abus dans les contrats de distribution », in Dossier *L'abus de droit dans les contrats*, Cah. dr. ent., 1998/6, p.11 et s, où l'auteur définit l'abus comme « un comportement, une attitude mêlée d'arbitraire, d'injustice et d'exagération, attitude qui fait qu'une partie va trop loin, au-delà de ce que le contrat permettait, la goutte qui fait déborder le vase ».

susceptibles d'abus les droits conférés par le contrat lui-même. Le droit de conclure ou de ne pas conclure un contrat ressort de la liberté contractuelle. L'exercice de ce droit ne peut être fautif. Cependant, il peut être abusif, en ce que le droit est exercé en portant atteinte aux intérêts du contractant potentiel. C'est ainsi que la jurisprudence sanctionne la rupture abusive des pourparlers²⁹². S'agissant de la fixation du contenu du contrat, autre versant de la liberté contractuelle, le législateur est intervenu pour sanctionner les clauses abusives²⁹³, c'est-à-dire les clauses insérées dans le contrat par un abus du droit de déterminer le contenu du contrat²⁹⁴. S'agissant de la rupture du contrat, la jurisprudence et le législateur sont également intervenus pour sanctionner les ruptures abusives, en matière de droit du travail²⁹⁵, ou de droit commercial²⁹⁶ par exemple. Ces interventions participent de la contribution de la théorie de l'abus de droit à la sanction des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'un contrat, en portant atteinte aux intérêts du contractant. Mais, c'est quant aux droits conférés par le contrat lui-même que la jurisprudence a érigé l'abus en limite de l'exercice des prérogatives contractuelles. Il s'agit alors de pratiques d'un contractant, de comportements mis en œuvre sous couvert d'une prérogative conférée par le contrat²⁹⁷, portant atteinte aux intérêts de l'autre partie. La jurisprudence a sanctionné une telle pratique sur le fondement de l'abus, notamment avec la construction relative à l'abus dans la détermination du prix²⁹⁸, aujourd'hui consacrée

²⁹² V. par ex. : Cass. com., 18 sept. 2012, n°11-19.629, Bull. civ. IV, n°163

²⁹³ V. la sanction des clauses abusives dans les contrats de consommation par l'art. L. 212-1 C. conso, et *Supra*, n°66 et s.

²⁹⁴ Sur cette analyse, v. : A. Karimi : *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, préf. P. Simler, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 306, n°97 et s. ; P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n°350 et s, et 807 ; *Contra* : J. Ghestin : *L'abus dans le contrat*, Gaz. Pal., 1981, doctr. p.379-384 qui estime que la rédaction unilatérale du contrat, dont découlent les clauses abusives est davantage un problème de fait qu'un droit subjectif susceptible d'abus.

²⁹⁵ En droit du travail, ce qui est nommé « licenciement sans cause réelle et sérieuse », sur le fondement de l'art. L.1232-1 C. trav. depuis la loi du 13 juillet 1973 modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, était auparavant qualifié de « licenciement abusif ». La loi réalise en réalité un renversement de la charge de la preuve puisque ce n'est plus désormais au salarié de prouver que son licenciement est abusif mais à l'employeur de prouver que celui-ci est justifié par une cause réelle et sérieuse (sur l'évolution du droit du licenciement : J.-M. Verdier, A. Coeuret, M.-A. Souriac : *Droit du travail, Volume II Rapports individuels*, 16^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Mémentos, 2011, p.269-271). Cette dénomination demeure employée à l'art. L. 1235-5 al. 2 C. trav., où il est précisé que le « salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi ».

²⁹⁶ V. la sanction de la rupture brutale des relations commerciales établies par l'art. L.442-6, I, 5° ; mais aussi auparavant, la jurisprudence favorable à la prise en compte d'un abus de droit dans la rupture du contrat, v. Cass. com., 21 oct. 1971, n°68-12.882, Bull. civ., III, n°321, JCP, 1971, II, 16798, note J. Hémar ; Cass. com., 20 janv. 1998, n°96-18.353, Bull. civ. IV, n°40, RTD Com., 1998, p. 661, note B. Bouloc ; pour une décision plus récente : Cass. com., 8 oct. 2013, n°12.22-952, D. 2013, p. 2617, note sous arr. D. Mazeaud ; RLDC, 12-2013, n°110, p.16, note C. Le Gallou ; Gaz. Pal., 23 janv. 2014, n°23, p.13, note S. Gerry-Vernières, *in chr.* de jurisprudence de droit de la responsabilité civile, sous la dir. de M. Mekki.

²⁹⁷ P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, n°634 et s.

²⁹⁸ Cette construction jurisprudentielle, importante, n'est pas unique et la jurisprudence sanctionne d'autres formes d'abus, comme par exemple en matière de sociétés les abus de majorité et de minorité. V. sur ce point : *L'abus de droit et le pouvoir modérateur du juge*, colloque, Paris, 7 oct. 2009, Gaz. Pal. 2009, n°353, p.3 et s, et not. les

par la loi, de même que l'abus de l'état de dépendance économique, en tant que forme de violence.

b. L'abus dans la détermination du prix.

90. La construction jurisprudentielle aboutissant à l'abus dans la détermination du prix dans les contrats de distribution. La jurisprudence qui a conduit à la consécration de la notion d'abus dans la détermination du prix s'est fondée sur une notion totalement différente : celle d'indétermination du prix dans les contrats de vente²⁹⁹. Elle considérait qu'un contrat-cadre de distribution s'apparentait à un contrat de vente en raison de l'obligation du revendeur d'acheter auprès du fournisseur. L'application de l'exigence d'un prix déterminé découlait de ce raisonnement³⁰⁰. Sans modification de la position de sa jurisprudence, la Cour de cassation s'est ensuite fondée sur la notion plus générale d'objet des contrats³⁰¹. Elle sanctionnait, en les annulant, les contrats d'approvisionnement exclusif qui ne comportaient pas de prix sur ce fondement, même si elle a ensuite distingué et exclu de cette exigence les contrats de distribution impliquant essentiellement des obligations de faire³⁰². Ces décisions ont suscité un important débat doctrinal³⁰³. Au milieu des années 1990, la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence³⁰⁴ la conduisant, dans quatre arrêts de l'assemblée

interventions de G. Teboul, p.3, L. Mosser intitulée « Abus de majorité, abus de minorité : le choc des cultures », p.13 et P. Roussel-Galle, intitulée « Brève introduction historique », p.6.

²⁹⁹ Art. 1591 C. civ. : « Le prix doit être déterminé et désigné par les parties ».

³⁰⁰ Décisions rendues en matière de contrats comportant des engagements d'exclusivité d'approvisionnement avec des compagnies pétrolières : Cass., com., 27 avr. 1971 (4 arrêts) n°70-10.216, 70-10.752, 70-10.753, 70-11.444, Bull. civ., IV, n°107 ; D., 1972, p. 353, note sous arr. J. Ghestin ; JCP, G, 1972, II, 16975, note sous arr. J. Boré ; RTD Com, 1972, p. 1068, note J. Hemard ; V. aussi : Cass. com., 5 nov. 1974, n°70-11.920, Bull. civ., IV, n°262 ; En matière de contrats de bière : Cass. com., 12 fév. 1974, n°72-13.959, Bull. civ., IV, n°54, D. 1974, p. 414, note sous arr. J. Ghestin.

³⁰¹ Le fondement de l'article 1129 C. civ. a été appliqué dans trois arrêts Cass. com., 11 oct. 1978, n°77-10.155, 77-11.624, 77-11.485, Bull. civ., IV, n°223, 224 et 225 ; D. 1979, p. 135, note R. Houin ; JCP, G, 1979, II, 19034, note Y. Loussouarn.

³⁰² Cass. com., 9 nov. 1987, n°86-13.984, Bull. civ., IV, n°237, D., 1989, p. 35, note P. Malaurie ; JCP, G, 1989, II, 21186, note G. Virassamy ; RTD Civ., 1988, p. 527, note J. Mestre ; RTD Com., 1989, p. 674, note B. Bouloc.

³⁰³ V. not. : L. Aynès : « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », D., 1993, p.25 ; M. Béhar-Touchais : « La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application », JCP, G, 1994, I, 3800 ; L. Vogel : « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », D. 1995, p. 155 ; D. Ferrier : « La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif », D. 1991, p.237 ; M.-A. Frison-Roche : « L'indétermination du prix », RTD Civ., 1992, p. 269 ; J. Ghestin : « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », D. 1993, p. 251 ; F. Leduc : « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », JCP, G, 1992, I, 3631 ; D. Legeais : « La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : l'espoir déçu », JCP, E, 1992, p. 135.

³⁰⁴ Avant même la position de l'Assemblée plénière, deux arrêts avaient anticipé le revirement de jurisprudence : Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1994, deux arrêts, n°91-21.009, Bull. civ. I, n°348 ; D. 1995 p. 122, note sous arr. L. Aynès ; RTD Civ., 1995, p. 358, note J. Mestre ; JCP G, 1995, II, 22371, note sous arr. J. Ghestin. V. aussi : J. Ghestin : « L'indétermination du prix entre passé et avenir », P. Aff., 6 mars 1996, n°29, p. 19.

plénière, à admettre les contrats-cadres de distribution qui ne précisait pas de prix³⁰⁵. Trois des quatre arrêts sont rendus sur les fondements des anciens articles 1134 et 1135 du Code civil³⁰⁶ mais le quatrième considère que l'ancien article 1129 du même Code³⁰⁷ n'est pas applicable à la détermination du prix. Le premier apport de ce revirement de jurisprudence³⁰⁸ se trouve dans cette affirmation ; il s'ensuit que le prix ne constitue pas l'objet du contrat-cadre de distribution. Mais, il ne s'agit pas du seul aspect du revirement. La jurisprudence permet également au fournisseur de fixer le prix, postérieurement à la conclusion du contrat, validant ainsi les clauses qui prévoient cette prérogative unilatérale, et abandonnant le « principe de prédétermination »³⁰⁹. Le garde-fou prétorien réside dans la notion d'abus, l'abus dans la détermination du prix. Le fournisseur a la possibilité de fixer le prix sous réserve de ne pas commettre d'abus dans cette fixation. La jurisprudence modifie enfin la sanction, précédemment caractérisée par l'annulation du contrat, et qui est désormais la responsabilité contractuelle de la partie qui a commis un abus dans la fixation du prix. La notion d'abus paraît particulièrement adaptée puisque le contractant dispose d'un droit de fixer le prix conféré par une clause du contrat de distribution. Ce droit de fixer le prix est limité par la sanction des abus. Pour autant, l'abus dans la détermination du prix consistera, en pratique, en un prix vu comme excessivement élevé par l'autre partie. Le contrôle juridictionnel se transforme alors en un contrôle du prix, avec la nécessité d'une référence, afin de permettre l'appréciation du prix fixé en vertu de la clause. Cette question ne semblait pas se poser lors des décisions de 1995 qui envisageaient surtout les situations dans lesquelles la clause fait référence à un prix catalogue du fournisseur, applicable, au jour de la commande. Pour autant, elle se pose en

³⁰⁵ Cass. Ass. Plen., 1^{er} déc. 1995, quatre arrêts, n°91-15.578, n°91-15.999, n°91-16.653, n°93-13.688, Bull. Ass. Plen., n°7, 8 et 9 ; D., 1996, p. 13, note L. Aynès et concl. M. Jeol ; RTD Civ., 1996, p. 153, note J. Mestre ; JCP, E, 1996, 776, comm. L. Leveneur ; *Adde* : C. Jamin : « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP, G, 1996, I, 3959 ; *La détermination du prix : nouveaux enjeux, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, colloque Centre d'étude de la distribution intégrée pour le partenariat, Laboratoire de droit des affaires de l'Université Montpellier I, 1996, RTD Com., 1997, p. 1-84, spéc. M. Jéol : « Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995 », p.1 ; C. Jamin : « La détermination du prix : les apports au droit des contrats-cadre », p. 19 ; T. Revet : « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », p. 37 ; D. Ferrier : « La détermination du prix, les apports au droit commun des obligations », p. 49.

³⁰⁶ Cf., après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, respectivement art. 1104 et 1194 C. civ.

³⁰⁷ Cf., après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1163 C. civ.

³⁰⁸ La jurisprudence avait auparavant soumis certains contrats de distribution à l'exigence contenue dans l'article 1591 du Code civil selon lequel le prix de la vente doit être déterminé par les parties : Cass. com., 27 avril 1971 et 5 nov. 1971, D., 1972, p. 353, note J. Ghestin, Cass. com., 21 févr. 1974, D., 1974, p. 414, note J. Ghestin. Par la suite, la Cour de cassation a remplacé ce fondement par l'article 1129 du Code civil pour considérer que le prix constituait l'objet des contrats-cadres de distribution (contrat d'approvisionnement exclusif en l'occurrence), de sorte qu'en l'absence de prix déterminé, ces contrats devaient être annulés : Cass., com., 11 oct. 1978, D., 1979, p. 135, note Houin. Sur la jurisprudence antérieure, v. le comm. précité de L. Leveneur, qui la résume au début de son commentaire.

³⁰⁹ Sur ce point v. not. D. Ferrier : « La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations », précité.

doctrine, qui estime que le juge devra prendre en compte le prix du marché, en appréciant d'abord objectivement l'abus³¹⁰ avant la prise en compte d'éléments subjectifs. La jurisprudence semble employer indifféremment plusieurs critères comme la volonté de réaliser un profit illégitime³¹¹, le fait que le contractant doive être en mesure de faire face à la concurrence³¹², ou le fait que le bénéficiaire d'une société doive d'abord permettre de résoudre les difficultés financières de ses contractants distributeurs, et non pas être distribué à ses actionnaires³¹³.

91. La consécration législative de la construction jurisprudentielle relative à l'abus dans la détermination du prix dans les contrats de distribution. A l'occasion de la réforme du droit des contrats, opérée par l'ordonnance du 10 février 2016³¹⁴, le législateur a « tenu compte de la jurisprudence sur la fixation du prix »³¹⁵. Désormais, le Code civil prévoit que le prix peut être « fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation », et précise qu'en « cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts, et le cas échéant la résolution du contrat ». Outre la consécration de la jurisprudence qui s'était construite autour de la notion d'abus dans la fixation du prix pour permettre la fixation unilatérale du prix, mais engager la responsabilité de celui qui abuse de cette prérogative, le législateur ajoute ainsi une obligation de motivation, en cas de contestation. Il est aisé d'imaginer qu'en cas de contestation, il appartiendra d'abord à celui qui a fixé unilatéralement le prix d'apporter la motivation de cette fixation, puis, si celle-ci n'est pas satisfaisante, il sera possible de caractériser un abus dans la fixation du prix, qui pourra être sanctionné judiciairement³¹⁶. Cette consécration législative peut résolument apparaître comme une innovation de l'ordonnance de

³¹⁰ M. Chagny : *Droit des contrats et droit commun des obligations*, précité, n°970 et s.

³¹¹ CA Versailles, 27 janv. 2000, CA Paris, 25^e ch. A, 19 mai 2000, RTD Civ., 2000, p. 570, note J. Mestre et B. Fages.

³¹² Cass. com., 4 nov. 2014, n°11-14.026 ; JCP, E, 2014, 1639, note sous arr. A.- S. Choné-Grimaldi, v. aussi, du même auteur : JCP, G, 2014, 1310 ; D. 2015, p. 183, note sous arr. J. Ghestin ; AJCA, 2015, p. 78, note S. Bros ; Revue de droit rural, avr. 2015, n°432, comm. 67, note sous arr. N. Dissaux ; RDC n°2/2015, p. 233, note P. Stoffel-Munck ; p. 293, note M. Béhar-Touchais.

³¹³ Cass. com., 15 janv. 2002, n°99-21.172, D. 2002, p. 1974, note sous arr. P. Stoffel-Munck ; D. 2002, p. 2841, note D. Mazeaud ; RTD Civ., 2002, p. 294, note J. Mestre et B. Fages ; JCP G, 2002, II, 10157, note sous arr. C. Jamin.

³¹⁴ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016, précitée.

³¹⁵ Pour reprendre les termes relatifs à cette consécration du Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2016-131.

³¹⁶ Sur ce mécanisme, v. : J. Moury : « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », in Dossier : *Réforme du droit des contrats : quel impact sur les contrats d'affaires*, AJCA, 2016, p. 123 ; Adde, relativement au projet de cette consécration : C. Aubert de Vincelles : « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », in Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 752.

2016, puisqu'elle consiste en l'appréhension d'une pratique par le droit commun des contrats, au stade de l'exécution d'un contrat cadre.

92. La place de l'abus dans la détermination du prix dans la sanction de pratiques.

La qualification de la détermination unilatérale du prix, par l'un des contractants dans un contrat de distribution, en pratique ne semble pas aller de soi. La pratique consiste en un comportement. Elle revêt les caractères d'un fait juridique. La question est alors de savoir si l'application d'une clause contractuelle selon laquelle l'une des parties détermine le prix du contrat peut être vue comme une pratique. Il apparaît que cela ne pose guère de difficulté en doctrine, où la fixation unilatérale du prix est vue comme un comportement du contractant³¹⁷. En effet, la qualification d'acte juridique sied, de prime abord, mal à la détermination du prix par l'une des parties. Pourtant, ce pouvoir unilatéral est contractuellement prévu ; il trouve sa source dans un acte juridique. Ne serait-il pas, alors, possible de soutenir qu'il s'agit d'une manifestation unilatérale de volonté, acceptée par avance via le contrat qui prévoit cette manière de fixer le prix, revêtant donc les attributs de l'acte juridique. En application d'un contrat, l'une des parties fixe unilatéralement le prix. Il s'agit d'un comportement, mais il est fondé sur une clause d'un contrat. Une fois fixé, et à moins d'un abus dans la fixation, le prix fait corps avec le contrat, il en devient l'un des éléments, en attendant la prochaine fixation. La fixation du prix est ainsi une pratique, mais elle peut être vue comme revêtant les caractères de l'acte juridique. Désormais consacré par la loi, l'abus dans la fixation unilatérale du prix s'apparente à la seule pratique qui est appréhendée par le droit commun des contrats, au stade de l'exécution. Cette pratique peut être sanctionnée via la sanction prévue par le droit des contrats : la responsabilité contractuelle³¹⁸.

c. L'abus de l'état de dépendance.

93. Création de l'abus de l'état de dépendance comme forme possible de la violence. L'ordonnance du 10 février 2016 permet la sanction d'une autre forme d'abus : l'abus de l'état de dépendance. Au contraire de l'abus dans la fixation unilatérale du prix, qui peut être commis en cours d'exécution d'un contrat cadre, l'abus de l'état de dépendance est un vice du consentement, ou un abus commis dans l'objectif de faire conclure celui au détriment duquel il est mis en œuvre. Ainsi, l'article 1143 du Code civil prévoit qu'il « y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve

³¹⁷ G. Chantepie : *La lésion*, préf. G. Viney, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 467, 2006, n°266 ; M. Chagny : *op. cit.*, n°979 ; B. Fages : *op. cit.*, n°823.

³¹⁸ Cf. après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1164 al. 2 C. civ.

son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »³¹⁹. Aussi, ce texte érige-t-il l'abus en tant que condition à établir pour caractériser cette forme particulière de violence. Le législateur paraît alors permettre l'appréhension d'une pratique qui consiste en un abus de l'état de dépendance d'un cocontractant. La notion d'abus est ainsi présente dans deux dispositions du droit des contrats, qu'il est possible d'analyser comme des dispositions permettant la sanction de pratiques critiquables de contractants. Pour autant, la notion d'abus, telle que définie par la doctrine, ne peut être vue comme jouant un rôle central dans l'appréhension par le droit des contrats, de pratiques.

94. Le faible usage de la notion d'abus pour la sanction des pratiques par le droit des contrats. Désormais légalement consacrée, la notion d'abus peut permettre la sanction, sur le fondement du droit des contrats, de pratiques mises en œuvre par des cocontractants. Pour autant, la notion ne peut être considérée comme ayant, à l'occasion de la réforme de 2016, atteint l'ensemble du potentiel qui a été décelé par la doctrine. Aussi n'est-elle pas une notion générale permettant l'appréhension de l'ensemble des comportements des cocontractants qui peuvent être abusifs. La notion est circonscrite à l'abus dans la détermination unilatérale du prix et à l'abus de dépendance. S'agissant de l'abus dans la détermination du prix, sa sanction peut apparaître comme le moyen d'appréhender une pratique mise en œuvre par un contractant, mais la source du comportement demeure l'acte juridique, ou plus précisément la clause du contrat qui permet à un contractant de procéder à une telle fixation. Aussi, cet abus est-il sanctionné davantage comme un acte juridique, par la résolution du contrat et la responsabilité contractuelle³²⁰, que comme un fait juridique, qui aurait supposé l'engagement d'une responsabilité délictuelle. Concernant l'abus de dépendance, il est possible de constater que l'abus est pris en considération dans l'appréciation de cette forme particulière de violence, et que cette pratique est ainsi sanctionnée. Pour autant, il faut préciser qu'elle n'est sanctionnée qu'à condition que le contrat ait été conclu³²¹, et que les abus de dépendance, qui aboutissent à un échec des négociations contractuelles, demeurent non sanctionnés par cette disposition. Aussi, les consécutions relatives à l'abus opérées par la réforme de 2016 ne semblent pas pouvoir remettre en cause une observation qu'il aurait été possible de faire avant la réforme,

³¹⁹ Sur ce texte, v. : M. Chagny : « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », in Dossier : *Réforme du droit des contrats : quel impact sur les contrats d'affaires*, AJCA, 2016, p. 115.

³²⁰ Cf. art. 1164 al. 2. C. civ.

³²¹ Aussi l'art. 1143 C. civ. vise-t-il dans ses conditions un « engagement [que le cocontractant] n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte », et un « avantage manifestement excessif » obtenu par l'auteur de l'abus, ce qui suppose que le contrat ait été conclu.

selon laquelle la notion générale d'abus se trouve être finalement d'un faible usage pour sanctionner des pratiques. La réforme du droit des contrats ne permet pas davantage que le droit ancien l'appréhension de pratiques en tant que telles. Pour autant, au-delà de l'abus, ce qui semble être contrôlé dans la détermination unilatérale du prix est davantage la loyauté de la pratique contractuelle³²². Les juridictions sont ainsi amenées à apprécier la loyauté du comportement du contractant qui tient du contrat le pouvoir de fixer le prix. Il lui incombe donc une obligation de loyauté le conduisant à prendre en compte la situation de son cocontractant. La notion d'abus dans la détermination du prix se confond ainsi avec celle de loyauté, rejoignant elle-même la notion de bonne foi qui peut aussi contribuer à la sanction des pratiques par le droit des contrats.

2. La contribution de la bonne foi à la sanction des pratiques par le droit des contrats.

95. La place de la bonne foi dans la sanction de pratiques. La bonne foi est une notion qui connaît un certain succès au stade de l'exécution des contrats (a), mais elle a également permis des constructions doctrinales qui peuvent permettre la sanction de pratiques (b).

a. *La notion de bonne foi dans l'exécution du contrat.*

96. Notion de bonne foi. La bonne foi désigne une qualité, « la sincérité, la franchise »³²³. A contrario, la mauvaise foi suppose la « déloyauté, l'absence de franchise, de sincérité »³²⁴. Il en découle que la bonne foi est synonyme de loyauté. Il s'agit du « comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation »³²⁵. Ainsi, la bonne foi est à la fois un « état d'esprit et une façon d'agir, de se comporter »³²⁶. Plus précisément, la bonne foi implique un « souci de coopération, une absence de mauvaise volonté ou d'intention malveillante »³²⁷. Elle peut être synonyme de cohérence de comportement³²⁸, de

³²² V. en ce sens : P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, n°173s où l'auteur évoque au sein de ses développements sur l'abus par déloyauté la situation d'abus dans la détermination du prix, préférant ce classement à celui qui l'inclurait dans l'abus de prérogative ou de liberté contractuelle ; G. Chantepie : *op. cit.*, n°267, où l'auteur évoque le « comportement déloyal du maître du prix » pour désigner l'abus dans la détermination du prix ; M. Chagny : *op. cit.*, n°977, où l'auteur fait état « d'une obligation de loyauté [...] en vertu de laquelle il incombe au maître du prix de tenir particulièrement compte de la situation de son cocontractant » ; A.-S. Choné : *Les abus de domination essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Préf. B. Teyssié, Paris : Economica, Coll. recherches juridiques, 2010, n° 266 où l'auteur estime que « l'abus est constitué par l'absence de prise en compte de l'intérêt du contractant », *Adde* n°271 et s ;

³²³ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « foi », sens 4 (bonne foi).

³²⁴ *Ibidem.*

³²⁵ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « Bonne foi », sens 2.

³²⁶ M. Fabre-Magnan : *Droit des obligations*, t. 1 : *Contrat et engagement unilatéral*, précité, p.68.

³²⁷ *Ibidem.*

« sincérité et fidélité »³²⁹. Elle constitue, pour un auteur, le « moyen de faire pénétrer la morale dans le droit positif »³³⁰. Elle s'oppose à la malice³³¹, c'est-à-dire « l'inclination à malfaire »³³², et à la « duplicité, comportement double qui nuirait à la prévisibilité »³³³. La bonne foi se définit par conséquent entre contractants comme un comportement loyal, mêlé de franchise, de fidélité à la parole donnée, d'honnêteté, de sincérité et de coopération, et qui exclut la mauvaise volonté, l'intention malveillante. La bonne foi est une notion légalement consacrée en droit des contrats, au troisième alinéa de l'ancien article 1134 du Code civil qui dispose que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi »³³⁴. Au-delà de la question de la place de la bonne foi dans la formation des relations contractuelles, la loi la consacre ainsi au stade de l'exécution des contrats. La bonne foi incarnant le comportement loyal du contractant, elle semble s'affirmer comme une qualification d'un bon comportement³³⁵. Elle incarne la prise en

³²⁸ D. Houtcieff : *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse, préf. H. Muir Watt, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2001 ; Ce principe est vue comme une « déclinaison du devoir de bonne foi » par D. Mazeaud : « Principe de cohérence », note Cass. civ. 3^{ème}, 28 janv. 2009, n°07-20.891, Bull. civ., III, n°22, RDC, 2009, n°3, p. 999.

³²⁹ J. Domat : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Tome 1, 2^{ème} éd., Paris : P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, 1697, Chapitre V, règle 5 : « Sincérité et bonne foi dans les engagements volontaires et mutuels » : « Que dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter et tout ce que peuvent demander les suites de l'engagements où ils sont entrés » ; Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 208, 1989, n°6 : L'auteur définit la bonne foi comme une notion polysémique, « l'idée de sincérité sous-tend toutefois les deux conceptions de la bonne foi » ; V. aussi la définition de F. Gorphe : *Le principe de bonne foi*, thèse, Paris : Dalloz, 1928, p.66, qui décrit la bonne foi comme la « fidélité à la parole donnée » ; J. Carbonnier : *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis droit privé, 2000, n°114, estimant que la foi est la « fidélité à la parole donnée ».

³³⁰ G. Ripert : *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1949, n°157.

³³¹ v. le quatrième sous-sens du second sens du terme « bonne foi » dans le *Vocabulaire juridique* précité.

³³² E. Littré : *op. cit.*, V° « malice ».

³³³ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, Coll. droit civil, 2015, n°764.

³³⁴ Après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1104 C. civ. : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » ; La référence à la disposition ancienne, qui se cantonnait à l'exécution, est conservée s'agissant de l'exposition des travaux doctrinaux relatifs à ce texte, qui ne peuvent être vus comme remis en cause par l'effet de la disposition nouvelle.

³³⁵ B. Fages : *Le comportement du contractant*, précité, n°552 : « L'exigence de bonne foi est affaire de comportement » ; P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n°79 s ; A.-S. Courdier-Cuisinier : *Le solidarisme contractuel*, thèse, Préf. E. Loquin, Dijon : Lexis-Nexis-Litec, Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux, 2006, vol. 27, n°470 s ; P. Lemay : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, th. préf. S. Chassagnard-Pinet, Paris : Mare et Martin, coll. Droit privé et sciences criminelles, bibl. des thèses, 2014, n°322 ; B. Fages : *Droit des obligations*, 5^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso Editions, Coll. Manuels, 2015, n°273, où l'auteur explique que « la bonne foi est une norme de comportement » et qu'elle implique « loyauté et coopération » ; M. Fabre-Magnan : *op. cit., loc. cit.*, où l'auteur explique qu'agir de bonne foi suppose de « se comporter de façon loyale vis-à-vis de son partenaire » ; « la bonne foi est une règle générale de comportement des parties » ; P. Le Tourneau, M. Poumarède : *Bonne foi*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2014, n°64 ; B. Fages, E. Pouliquen : *Etude 365 : L'exécution du contrat – Le comportement des parties*, Lamy droit du contrat, 2014, spéc. n°365-9 ; A. Bénabent : « Rapport français », in *La bonne foi*, journées louisianaises, travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. XLIII, Paris : Litec, 1994, p. 291-300 où l'auteur décrit la bonne foi ainsi (p. 293) : « pour le débiteur, il s'agit de ne pas chercher à louvoyer avec ses obligations ou à s'y dérober ; pour le créancier, il s'agira de ne pas chercher à

compte d'un fait juridique, ce comportement, au sein de l'acte juridique, le contrat. Les pratiques sont également définies comme des comportements, des faits juridiques. Il est donc possible de distinguer les pratiques mises en œuvre de bonne foi de celles qui le sont de mauvaise foi. En d'autres termes, la distinction oppose les bonnes et les mauvaises pratiques, qu'il conviendra de sanctionner.

Le rôle que peut avoir la bonne foi au stade de l'exécution du contrat a suscité des débats doctrinaux. Certains auteurs considèrent que la disposition de l'ancien article 1134 du Code civil³³⁶ est imprécise et ne constitue qu'une « disposition technique, dépourvue de signification substantielle »³³⁷. Ripert y a pourtant vu un moyen de faire pénétrer la morale dans le contrat³³⁸. Une large part de la doctrine s'accorde aujourd'hui à constater qu'elle constitue le moyen de sanctionner les comportements malicieux ou déloyaux³³⁹, et qu'elle a pour effet un devoir de loyauté³⁴⁰ et de coopération³⁴¹ entre contractants tout au long de l'exécution du contrat. Des auteurs ont même développé le solidarisme contractuel en se fondant sur la bonne foi³⁴². Sans aller jusqu'à souscrire totalement à cette dernière théorie, il apparaît assurément que le rôle uniquement interprétatif de la bonne foi est daté et qu'elle se trouve aujourd'hui appelée pour sanctionner des pratiques, qui prennent la forme de comportements déloyaux des contractants.

97. Application de la notion de bonne foi dans la sanction de pratiques. Au stade de l'exécution du contrat, la bonne foi est intervenue dans deux domaines. D'une part, la jurisprudence s'en est parfois remise à la bonne foi pour admettre des obligations de révision du contrat en cas de changement des circonstances. D'autre part, le terrain de prédilection de la

exploiter abusivement sa situation et ses avantages » ; L'auteur ajoute (p.300 *in fine*) que le contrat doit être un « lieu civilisé, c'est-à-dire régi par un minimum de respect mutuel entre les cocontractants ».

³³⁶ Après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1104 C. civ.

³³⁷ V. J.-L. Aubert, E. Savaux, J. Flour : *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 15^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2012, n°378 où les auteurs rappellent que c'est ce caractère qui avait été retenu par les rédacteurs du Code, avant de concéder que la simple fonction interprétative de la bonne foi avait évolué vers « une règle substantielle » ;

³³⁸ G. Ripert : *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1949, n°152.

³³⁹ J.-L. Aubert, E. Savaux, J. Flour : *op. cit., loc. cit.* ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *Droit civil, les obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2014, n°1052 s ; J. Mestre : « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD Civ., 1986, p. 100.

³⁴⁰ Cf. *Infra*, n°103 ; Y. Picod : th. précitée, n°56 s ; Y. Picod : Jcl. Civil Code, Art. 1134 et 1135, fasc. Unique : *Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions*, 2013, n°6 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit., loc. cit.*

³⁴¹ Y. Picod : *op. cit.*, n°86 et s ; Y. Picod : « Le devoir de coopération dans l'exécution du contrat », JCP, G, 1988, I, 3318 ; A. Bénabent : *Droit des obligations*, 13^{ème} éd., Paris : Montchrestien Lextenso Editions, Coll. Domat Droit privé, 2012, n°285 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op. cit., loc. cit.* ; J. Mestre : « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », précité.

³⁴² Cf. *Infra*, n°100.

bonne foi est la sanction de comportements, c'est-à-dire de pratiques des contractants, ce dont la doctrine a pu déduire un certain nombre de devoirs.

98. Bonne foi, changement des circonstances et révision du contrat. A l'origine directive d'interprétation du contenu des contrats, la bonne foi est parfois vue comme une directive d'interprétation dynamique des contrats³⁴³, en ce qu'elle permettrait des modifications du contrat en cas de changement des circonstances. La pratique qui serait alors sanctionnée serait celle qui consiste à adopter un comportement visant à empêcher toute adaptation du contrat en conscience du désavantage que le contrat procure, suite à un changement de circonstances, au partenaire. Le rattachement de ces situations à la bonne foi paraît indiscutable³⁴⁴. Pour autant, il a été longtemps acquis que le juge ne pouvait, dans une situation de changement de circonstances, procéder à une révision du contrat³⁴⁵. Le recours à la bonne foi ne saurait justifier l'acceptation d'une révision juridictionnelle du contrat. En revanche, la bonne foi permet à la jurisprudence d'imposer une obligation d'adaptation ou de renégociation des contrats qui, à la suite d'un changement de circonstances, sont devenus déséquilibrés³⁴⁶. Il a, par exemple, été considéré qu'une société pétrolière qui privait un distributeur « des moyens de pratiques des prix concurrentiels [...] n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi »³⁴⁷. La solution a ensuite été confirmée³⁴⁸. Cette jurisprudence de la chambre commerciale aboutissant au dégageant d'une obligation d'adaptation ou de renégociation du contrat afin de mettre le contractant en mesure d'exécuter ses engagements en cas de changement de circonstances demeure isolée, et ne semble pas être partagée par la première chambre civile³⁴⁹. C'est la raison

³⁴³ P. Le Tourneau, M. Poumarède : *La bonne foi*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2014, n°58 s.

³⁴⁴ V. par ex : C. Jamin : « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in Dossier : *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat*, colloque, 1997, Faculté de droit de Chambéry, Dr et patr., mars 1998, n°58, p.46-57.

³⁴⁵ La solution date de l'arrêt « Canal de Carponne » du 6 mars 1876 : Attendu que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants » ; D. 1876, I, 193, note Giboulot ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette : *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2 : *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 12^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2008, n°165 ; Sur ce point, Cf. le rôle nouveau du juge en cas de changement de circonstances imprévisible, conféré à l'issue de l'ord. n°2016-131, par l'art. 1195 C. civ., étudié *Infra*, n°299.

³⁴⁶ Pour un résumé de la jurisprudence : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit., loc. cit.*

³⁴⁷ Cass. com., 3 nov. 1992, *Huard*, n°90-18.547, Bull. civ. IV, n°338 ; D. 1995, p. 85, note D. Ferrier ; RTD Civ., 1993, p. 124, note J. Mestre ; JCP G, 1993, II, 22164, note sous arr. G. Virassamy.

³⁴⁸ Cass. com., 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche*, n°96-18.357, Bull. civ. IV, n°277 ; RTD Civ., 1999, p. 98, note J. Mestre ; JCP, G, 1999, I, 143, note C. Jamin ; JCP, G, 1999, II, 10210, note sous arr. Y. Picod.

³⁴⁹ En effet, *Comp.* : Cass. civ., 1^{ère}, 16 mars 2004, n°01-15.804, Bull. civ. I, n°86 où une entreprise, estimant être dans l'impossibilité économique de poursuivre l'exploitation de son activité en raison d'un bouleversement de l'équilibre économique du contrat, l'a cessée. La Cour de cassation constate que la Cour d'appel a relevé que le déséquilibre mis en cause existait dès la conclusion du contrat, et ne résultait pas d'une modification imprévue des circonstances économiques. Elle considère que l'entreprise « ne pouvait fonder son retrait du contrat sur un déséquilibre structurel que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier ». La jurisprudence

pour laquelle il n'apparaît pas que la bonne foi, même « conquérante »³⁵⁰, puisse, de manière générale, fonder des demandes de révision du contrat pour imprévision, en en déduisant une obligation de renégociation³⁵¹. Le débat pour ou contre la prise en compte de la théorie de l'imprévision dépasse en effet le strict cadre de l'exécution de bonne foi des contrats. La prise en compte des conséquences d'un fait juridique venant bouleverser les circonstances économiques dans lesquelles le contrat a été conclu, par le contrat lui-même ressort du débat sur la place et les effets du fait juridique au sein de l'acte juridique³⁵². La consécration, par la réforme de 2016, de la possibilité de renégocier le contrat en cas de changement de circonstances n'est d'ailleurs pas fondée sur le principe d'exécution de bonne foi des contrats, mais se trouve dans une disposition spécifique³⁵³. La jurisprudence commerciale se borne, quant à elle, à imposer une obligation de renégociation, dont la classification en une obligation de moyens³⁵⁴ permet de la distinguer d'une obligation de révision du contrat, qui s'analyserait en une obligation de résultat. Elle rappelle par ailleurs régulièrement que la mission du juge ne consiste pas à « porter atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenues entre les parties », mais en la « sanction de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles »³⁵⁵. L'imposition d'une obligation de renégociation permet à la jurisprudence de rester mesurée dans son interprétation de l'exigence de bonne foi dans les relations contractuelles, en évitant de s'immiscer plus avant dans les droits et obligations des parties en leur imposant, par exemple, la révision de leur contrat et partant, le contenu que ce dernier devrait avoir après

ne prend donc pas en compte le déséquilibre initial ; RLDC, 2004/6, n°222, p.5, note D. Houtcieff ; D. 2004, p. 1754, note sous arr. D. Mazeaud ; JCP, E, 2004, 737, note O. Renard-Payen ; RTD Civ., 2004, p. 290, note J. Mestre et B. Fages ; RDC, 2004, n°3, p. 642, note D. Mazeaud ; CCE, 2004, comm. 119, note P. Stoffel-Munck ; P. Aff., 28 juin 2004, n°128, p. 18, note sous arr. C. Gavoty et O. Edwards ; RJ Com., 9/2005, p.397-406, note L. Aynès ; v. aussi : J. Ghestin : « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », D., 2004, p. 2239 et *contra* : A. Bénabent : « Doctrine ou Dallas ? », D. 2005, p. 852, écrit en « réponse ».

³⁵⁰ Terme issu de la note précitée de J. Mestre quant à l'arrêt *Huard*. v. les notes quasi-unanimes précitées favorables à une interprétation *a contrario* de l'arrêt du 16 mars 2004, en ce qu'il induirait la reconnaissance d'une obligation de renégociation en cas de déséquilibre apparu après la conclusion du contrat, en particulier celles de D. Houtcieff, D. Mazeaud, P. Stoffel-Munck, J. Mestre et B. Fages et C. Gavoty et O. Edwards ; *Adde* : A. Bénabent : « Doctrine ou Dallas ? », précité ; *Contra* : O. Renard-Payen, note précitée.

³⁵¹ En ce sens : J. Ghestin : « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », précité, spéc. n°26 s ;

³⁵² Cf. *Infra*, n°239 et s.

³⁵³ Art. 1195 C. civ.

³⁵⁴ En ce sens : L. Aynès : « L'imprévision en droit privé », précité, n°24 s ; v. aussi : D. Mazeaud : « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », D. 2007, p.765, note Cass. com., 3 oct. 2006, n°04-13.214, où l'auteur insiste sur le caractère d'obligation de moyens qui est donné par la Cour de cassation à l'obligation contenue dans une clause de renégociation.

³⁵⁵ Cass. Com., 10 juil. 2007, n° 06-14.768, Bull. civ. IV, n°188 (précité) ; D. 2007, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; JCP G, 2007, II, 10154, comm. D. Houtcieff ; D. 2007, p. 2839, note P. Stoffel-Munck ; RTD Civ., 2007, p. 773, note B. Fages ; RLDC, 2008/2, n°46, p.6, note P. Delebecque ; P. Aff., 2008, n°27, p. 12, note D. Houtcieff ; La même solution est depuis confirmée : Cass. civ., 3^{ème}, 9 déc. 2009, n°04-19.923, Bull. civ. III, n° 275 ; D. 2010, p. 476, note sous arr. J. Billemont ; RTD Civ., 2010, p. 105, note B. Fages ; RDC, 2010, n°2, p. 561, note Y.-M. Laithier et D. Mazeaud ; Cass. com., 15 mars 2011, n°09-13.299.

ladite révision³⁵⁶. Cette limite de l'application de la bonne foi dans l'exécution des contrats par la jurisprudence ne doit pas masquer un usage plus large de celle-ci et des notions qui en découlent dans la sanction de pratiques. La doctrine plaide pour une utilisation plus large de la bonne foi, qui pourrait amener à sanctionner des comportements, des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'un contrat.

b. L'apport des constructions doctrinales relatives à la bonne foi dans la lutte contre les pratiques.

99. La bonne foi, source de devoirs pour les cocontractants. La doctrine³⁵⁷ et la jurisprudence ont fait émerger un certain nombre de devoirs de la notion de bonne foi. Parmi ceux-ci, le devoir de coopération, qui peut s'analyser comme un apport de la doctrine du solidarisme contractuel (α), mais aussi le devoir de loyauté, entendu distinctement du solidarisme contractuel (β).

α . Le devoir de coopération.

100. L'apport du solidarisme contractuel dans la lutte contre les pratiques. Sur le fondement de la bonne foi, s'est développé en doctrine, notamment à la suite de l'œuvre de Demogue³⁵⁸, le courant du solidarisme contractuel. Selon ce courant, le contrat est envisagé non comme une « opposition entre créancier et débiteur », mais comme une « union »³⁵⁹,

³⁵⁶ Cette orientation a d'ailleurs été consacrée par l'ord. n°2016-131, à l'art. 1195 C. civ., qui prévoit une renégociation du contrat en cas de changement de circonstances imprévisible, le juge n'intervenant qu'en cas d'échec de la renégociation, et peut alors, à la demande des deux parties, adapter le contrat, ou à la demande de l'une d'elles, le réviser ou y mettre fin.

³⁵⁷ V. par ex. : A. Bénabent : *droit des obligations*, précité, n°285 où l'auteur décrit la bonne foi comme une « obligation de loyauté, de coopération » ; B. Fages : *Droit des obligations*, précité, n°273 et 274-275 où l'auteur explique que la « bonne foi suppose loyauté et coopération ».

³⁵⁸ L'importance de l'œuvre de R. Demogue en la matière ne doit pas faire oublier les auteurs qui l'ont précédé dans la voie du solidarisme contractuel comme E. Durkheim, v. sur celui-ci C. Jamin : « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », D. 2002, p. 901 ; ou L. Bourgeois, C. Bouglé, R. Saleilles ; sur ceux-ci, v. P. Rémy : « La genèse du solidarisme », in *Solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 3-11. V. aussi : C. Jamin : « Demogue et son temps, réflexions introductives sur son nihilisme juridique », RIEJ, 2006/1, Vol. n°56, p.5-19 ; *Adde* s'agissant du contexte : C. Jamin : Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal, in *L'avenir du droit*, mélanges en l'honneur de F. Terré, Paris : Dalloz : PUF : Editions du juris-classeur, 1999, p. 125-139 ; P. Mazet : « Le courant solidariste », in *Solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque précité, p. 13-24.

³⁵⁹ R. Demogue : *Traité des obligations en général*, Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1932, Tome VI, n°3 ; l'auteur explique que les « contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union ».

empreinte de « fidélité »³⁶⁰. Il en ressort que chaque contractant doit prendre en compte l'intérêt de son partenaire³⁶¹. La vision du contrat comme une « union » permet aux auteurs de définir un certain nombre de comportements qui vont à l'encontre de celle-ci. Il s'ensuit que le solidarisme implique « l'altruisme, la décence, la cohérence »³⁶², la « proportionnalité et la coopération »³⁶³, un lien de « confiance »³⁶⁴. Le solidarisme induit chez certains auteurs une forme d'entraide mutuelle³⁶⁵, de « fraternité »³⁶⁶ et se trouve paré « d'autres vertus »³⁶⁷. Chez d'autres, il implique la « loyauté »³⁶⁸. Il exclut au contraire « l'égoïsme, l'indifférence, la désinvolture et le cynisme »³⁶⁹. Il se pose en remède au déséquilibre et à l'inégalité

³⁶⁰ A. Sériaux : *Manuel de droit des obligations*, Paris : PUF, Coll. Droit fondamental - Manuels, 2006, n°57, l'auteur estimant que la « loyauté est l'autre nom de la fidélité ».

³⁶¹ A.-S. Courdier-Cuisinier : *op. cit.*, n°107 s ; E. Savaux : « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 43-56, n°8.

³⁶² D. Mazeaud : « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 57-71, n°3 ; D. Mazeaud : « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, mélanges en hommage à F. Terré, Paris : PUF : Dalloz : Jurisclasseur, 1999, p. 603-634, n°6. *Adde* : J. Cédras : « Liberté – égalité – contrat : Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *L'égalité*, Rapport annuel de la Cour de cassation, Paris : La documentation française, 2003, p. 186-204, spéc. p. 186.

³⁶³ D. Mazeaud : « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », précité ; A.-S. Courdier-Cuisinier : *op. cit.*, n°263 s ; n°527 s.

³⁶⁴ A.-S. Courdier-Cuisinier : *op. cit.*, n°158 s.

³⁶⁵ L'entraide est évoquée sous forme de commandement : « aidez vous les uns les autres, rien de moins mais rien de plus », par D. Mazeaud, note Cass. civ., 1^{ère}, 11 juin 1996, n°94-18.250, Bull. civ., I, n°245, Defrénois, 1996, n°17, p. 1007 ; du même auteur : « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », précité, n°6.

³⁶⁶ V. A. Fouillée : *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} éd., Paris : Hachette, 1885, p. 410 : « L'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit *organisme* dit *fraternité* et qui dit *contractuel* dit *juste* » ; D. Mazeaud : « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », précité ; C. Thibeierge-Guelfucci : « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD Civ., 1997, p. 357, n°31 s ; *Contra* : A.-S. Courdier-Cuisinier : *op. cit.*, n°153 ; *Contra* : C. Jamin : « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 441-472, qui refuse la confusion du solidarisme avec la fraternité (Sur ce point : Cf., *Infra*, n°102).

³⁶⁷ D. Mazeaud : « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », précité, *loc. cit.*, où l'auteur estime que « constituent un Code de bonne conduite, une éthique que chaque cocontractant doit respecter dans l'univers contractuel l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance, et d'autres vertus » ; V. aussi : D. Mazeaud : « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 58-71, où l'auteur évoque également le « civisme contractuel » ; du même auteur : « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 30 juin 2004, n°01-00.475, D., 2005, p. 1828, n°1 ; C. Jamin : « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », précité, où l'auteur évoque, spéc. p. 97, la nécessité d'une plus grande « souplesse dans l'exécution », et plus généralement la révision du contrat ; du même auteur : « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *la nouvelle crise du contrat*, Colloque, Centre René Demogue de l'Université Lille 2, 2001, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, où l'auteur estime que le solidarisme contractuel permettrait de faire entrer dans le droit des contrats le droit des droits de l'homme, spéc. p.14 s. et 26.

³⁶⁸ Y. Picod : th. précitée, n°83 : « Exécuter loyalement, c'est exécuter en recherchant la plus grande efficacité possible pour son cocontractant, en lui procurant le plus haut degré de satisfaction [...]. Le débiteur devra dépasser ses intérêts égoïstes pour faciliter l'entreprise de son créancier ». *Adde* n°87.

³⁶⁹ D. Mazeaud : « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », précité.

contractuelle³⁷⁰. Le solidarisme contractuel apparaît comme une construction à même de lutter contre les mauvaises pratiques mises en œuvre par un contractant. En mettant en évidence que les parties au contrat « doivent faire de leur mieux pour assurer que tout se passera conformément à ce qu'elles ont souhaité réalisé ensemble »³⁷¹, ce courant doctrinal conduit à la recherche et à la valorisation des bonnes pratiques des contractants. A l'inverse, il permet de distinguer les comportements des contractants qui ne prennent pas en compte l'intérêt du partenaire. Ces comportements s'analysent comme des pratiques, mises en œuvre à l'occasion d'un contrat. Le droit des contrats permettrait, à travers cette construction issue de la bonne foi, de sanctionner ces pratiques. Pour autant, une analyse de l'utilisation de cette doctrine par la jurisprudence permet de se rendre compte que son apport dans la lutte contre les pratiques est relativement faible par rapport à ce qu'il était possible d'en espérer.

101. La dimension concrète du solidarisme contractuel dans la lutte contre les pratiques : le devoir de coopération. La doctrine solidariste a développé la notion de devoir de coopération entre cocontractants³⁷². L'appellation « devoir de coopération » est relativement récente³⁷³. Ce devoir était auparavant nommé « devoir de collaboration », qui signifie étymologiquement travailler ensemble, et historiquement « contribuer à plusieurs à un ouvrage littéraire »³⁷⁴. Aujourd'hui, la doctrine parle plus volontiers d'un devoir de coopération³⁷⁵, qui signifie étymologiquement opérer ensemble, et « contribuer à »³⁷⁶. La définition de ces termes

³⁷⁰ *Ibidem*, n°8 s.

³⁷¹ A. Sériaux : *op.cit.*, *loc. cit.*

³⁷² Le devoir de coopération est assimilé au « devoir de collaboration » que R. Demogue exposait à la suite de sa description du contrat comme une « union », et qu'il semble mettre à la charge du créancier : « Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration », R. Demogue : *op. cit.*, *loc. cit.* F. Diesse : *Le devoir de coopération dans le contrat*, thèse, dactyl., dir. F. Auque, Université Lille 2, 1998 ; Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse précitée, n°86 s. V. Contra : Y. Lequette, F. Terré, P. Simler : *Droit civil, les obligations*, précité, n°43 où les auteurs opèrent une autre distinction, en expliquant que le devoir de collaboration trouve sa place dans les contrats-échange, et le devoir de coopération trouve la sienne dans les contrats-organisation, qui sont par définition de durée plus longue.

³⁷³ L'appellation se trouve indistinctement du devoir de collaboration chez J. Mestre : « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD Civ., 1986, p. 100 ; mais Y. Picod préfère employer celle « d'obligation de coopération » dans *le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse précitée, *loc. cit.*, et dans « l'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP, G, 1988, I, 3318.

³⁷⁴ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « collaborer » ; V. sur la formulation de cette obligation au stade de l'exécution du contrat : L. Grynbaum : « La notion de solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 25-39, n°18 : « Les contractants sont tenus de collaborer afin de réaliser l'objet du contrat ou d'atteindre le but de l'opération, c'est-à-dire la cause du contrat ».

³⁷⁵ V. par ex., outre les précités F. Diesse, J. Mestre et Y. Picod, A. Sériaux : *op. cit.*, *loc. cit.* ; A. Bénabent : *Droit des obligations*, précité, n°285 ; P. Le Tourneau, *et alli.* : *Droit de la responsabilité et des contrats*, précité, n°3676 ; D. Mazeaud : « Le nouvel ordre contractuel », RDC, 2003, p. 295, n°32 s ; Toutefois un auteur parle, en lui donnant un contenu identique « d'obligation d'implication » : S. Darmaïn : *le contrat moral*, préf. B. Teysse, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 343, 2000, n°396 ; F. Diesse : « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », Archives de philosophie de droit, 1999, t. 43, p. 259-302.

³⁷⁶ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « coopérer ».

permet la mise en évidence du caractère plus large du terme coopérer, qui ne se limite pas à l'ouvrage littéraire. Peut-être ce terme a-t-il également le mérite de ne pas avoir de connotation négative postérieurement à la seconde guerre mondiale. De plus, il implique une contribution conjointe vers un objectif commun, qui traduit l'esprit du solidarisme qui enjoint aux parties de coopérer dans un intérêt commun. Le devoir de coopération se veut comme incarnant un devoir positif pour chacune des parties³⁷⁷, parfois décrit comme un *affectio contractus*³⁷⁸. La jurisprudence³⁷⁹, et même la loi³⁸⁰ l'ont consacré en droit du travail, avec une obligation d'adaptation des salariés à leur poste de travail, dont le débiteur est l'employeur³⁸¹. Le devoir de coopération se retrouve dans le souci de la jurisprudence commerciale de garantir que le contractant soit mis en mesure d'exécuter ses engagements contractuels par son partenaire³⁸². Dès ces prémices d'une consécration jurisprudentielle d'un devoir de coopération, une partie de la doctrine ne semblait pas douter d'une acceptation généralisée de celui-ci³⁸³. Il ne fait aucun doute que le devoir de coopération a connu un certain succès jurisprudentiel, au-delà des exemples dans les domaines des contrats de travail et des contrats de distribution précités³⁸⁴. En effet, ont été reconnues un certain nombre d'obligations qui découlent du devoir de coopération. Parmi ces obligations, certaines peuvent avoir un rôle à jouer dans la sanction de pratiques mises en œuvre à l'occasion d'un contrat. Vue comme le corollaire de l'obligation de coopération³⁸⁵, l'obligation d'information se trouve assez largement consacrée en doctrine³⁸⁶.

³⁷⁷ J. Mestre : « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », précité, p. 101 : « La bonne foi permet de façon négative de sanctionner les déloyautés manifestes, l'esprit de collaboration implique de manière positive des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun » ; B. Fages : *Le comportement du contractant*, th. précitée, n°558 ; S. Lequette : *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Paris : Economica, Coll. recherches juridiques, 2012, n°432.

³⁷⁸ J. Mestre : « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 1985, Paris : PUF, Coll. publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1986, p. 41-60, spéc. p. 51.

³⁷⁹ Cass. soc., 23 sept. 1992, n°90-44.466, Bull. civ., V, n°472 : « Mais attendu que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois » ; JCP, E, 1993, 430, note sous arr. J.-J. Serret.

³⁸⁰ Art. 6321-1 C. trav. : « L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations ».

³⁸¹ Sur la construction du devoir d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi : P. Le Tourneau, M. Poumarède : *Bonne foi*, Dalloz, Répertoire de droit civil, 2014, n°75.

³⁸² V. pour les ex. les plus significatifs : Cass., com., 3 nov. 1992, *Huard*, précité ; Cass. com., 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche*, précités, n°98 ; *Adde* : M. Malaurie-Vignal : « Solidarisme, distribution et concurrence », in *Colloque : Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, Paris : Economica, 2004, p. 95-105.

³⁸³ J. Mestre : « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », précité ; Y. Picod : « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », précité.

³⁸⁴ V. pour un exposé du devoir de coopération et des obligations qui en découlent : A.-S. Courdier-Cuisinier : *op. cit.*, n°525s.

³⁸⁵ Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, précité, n°85 ; A.-S. Courdier-Cuisinier : *op. cit.*, n°592.

La question est de savoir si ce principal corollaire du devoir de coopération trouve sa place dans la lutte contre les pratiques anti-contractuelles qui peuvent exister entre professionnels. Le terrain de prédilection de l'obligation d'information est en effet le droit de la consommation³⁸⁷. L'obligation d'information existe parfois dans les contrats conclus entre professionnels³⁸⁸, et a été généralisée par la récente réforme du droit des obligations à l'ensemble des contrats³⁸⁹. Cette obligation est par ailleurs souvent précontractuelle, alors même que les pratiques qu'il est possible de qualifier d'anti-contractuelles peuvent être mises en œuvre après la conclusion du contrat, en cours d'exécution³⁹⁰. Au-delà de quelques exemples légaux³⁹¹, l'obligation d'information au stade de l'exécution du contrat ne peut être considérée comme généralement consacrée³⁹², s'appliquant seulement si le débiteur de cette information est un professionnel³⁹³, ou si « l'information porte sur une qualité substantielle de l'objet du contrat »³⁹⁴. Ainsi, il n'est pas possible de considérer que l'avènement généralisé d'une telle obligation serait de nature à sanctionner des pratiques mises en œuvre dans un contexte contractuel par l'une ou l'autre des parties, par hypothèse, professionnelle. Il s'ensuit que la principale application du devoir de coopération, qui s'impose comme une avancée de la théorie solidariste, ne trouve pas sa place dans la lutte contre les pratiques mises en œuvre à l'occasion d'un contrat. Tel qu'entendu aujourd'hui par la doctrine et la jurisprudence, c'est le solidarisme contractuel lui-même qui demeure cantonné à une place relativement faible dans la lutte contre les pratiques.

³⁸⁶ R. Demogue : *op. cit.*, n°29 : « Une des conséquences de l'idée de collaboration entre contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat » ; M. Fabre-Magnan : *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 221, 1992, n°1.

³⁸⁷ Le droit de la consommation prévoit un certain nombre d'obligation d'informations (il s'agit d'ailleurs des premiers articles du Code de la consommation, art. L.111-1 C. Conso.), mais celles-ci existent également en matière de cautionnement demandé à un consommateur (art. L.333-1 et s. C. conso.) ou de baux d'habitation (Loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, art. 3) par exemple.

³⁸⁸ V. par ex. l'obligation d'information légalement consacrée par l'art. L. 330-3 C. com. en matière de contrat comportant un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité ; l'ensemble des règles relatives à la transparence, prévues par les art. L. 441-1 et s. C. com.

³⁸⁹ Art. 1112-1 C. civ. : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant » ; cette consécration en droit commun de l'obligation d'information ne s'étend ainsi qu'aux informations qui sont déterminantes pour le consentement de l'autre partie, alors que les droits spéciaux applicables aux relations entre professionnels et consommateurs ou aux relations entre professionnels prévoient des obligations d'informations plus précises et n'exigent pas que l'information soit déterminante pour le consentement de l'autre, pour rendre obligatoire sa délivrance.

³⁹⁰ Y. Picod : *th. précitée*, n°94.

³⁹¹ *Idem*, n°103-3 cite par exemple le contrat d'assurance, le contrat de mandat, le bail commercial.

³⁹² *Idem*, n°106 précisant que l'obligation d'information s'adresse au profane ; L'ord. n°2016-131 classe la disposition relative à l'obligation d'information dans un Chapitre consacré aux « négociations », de sorte qu'il ne fait guère de doutes que cette obligation est une obligation précontractuelle, et qu'elle ne peut être considérée comme consacrée au stade de l'exécution du contrat.

³⁹³ *Ibidem* ; M. Fabre-Magnan : *op. cit.*, n°247 ; A.-S. Courdier-Cuisinier : *op. cit.*, n°582,

³⁹⁴ M. Fabre-Magnan : *op. cit.*, *loc. cit.* ; A.-S. Courdier-Cuisinier : *op. cit.*, n°587 et s, et n°665 : l'auteur préfère le critère de la réalisation de l'intérêt de chaque partie, que l'obligation d'information peut contribuer à réaliser.

102. La faible place du solidarisme contractuel dans la lutte contre les pratiques.

La doctrine du solidarisme contractuel demeure critiquée par une part importante de la doctrine, et parfois de manière assez virulente. La vision solidariste est tour à tour considérée comme une vision « idéaliste »³⁹⁵ ou « angélique du contrat »³⁹⁶, comme plaçant le contrat sous le contrôle du juge³⁹⁷, ou encore comme ayant une « influence limitée »³⁹⁸. La doctrine solidariste est décrite comme « mitée »³⁹⁹, « floue »⁴⁰⁰, « techniquement insuffisante »⁴⁰¹, « n'apportant à la vision du contrat, rien d'original, si ce n'est une phraséologie creuse »⁴⁰², voire « irrespectueuse de la dignité humaine »⁴⁰³. Certains ajoutent que l'application de ce qui est une vision de la société, du lien social, au seul et unique contrat constitue une restriction qui l'empêche de prospérer⁴⁰⁴. La critique se fait plus sévère encore lorsque certains auteurs, défenseurs du solidarisme, y ont vu une forme de fraternité⁴⁰⁵, ou d'union des parties⁴⁰⁶, une

³⁹⁵ Y. Lequette : « Bilan des solidarismes contractuels » in *Etudes de droit privé*, mélanges offerts à P. Didier, Paris : Economica, 2008, p.247-287, n°10.

³⁹⁶ A. Bénabent : « Rapport français », in *La bonne foi*, précité, p. 293, où l'auteur estime à propos de la fraternité qu'il s'agit là d'une « conception angélique de l'exécution du contrat » ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *Droit des obligations*, précité, n°42.

³⁹⁷ G. Lardeux : « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », in *L'équilibre du contrat*, colloque, Aix-en-Provence, 2012, dir. G. Lardeux, Centre P. Kayser, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Laboratoire de droit privé et sciences criminelles, 2012, p. 59-74, spéc. p.60-61 ; L. Leveneur : « Le forçage du contrat », in *que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, colloque, Faculté de droit de Chambéry, 1997, Dr. et patr., mars 1998, n°85, p. 69-77 ; J. Cedras : « Liberté – égalité – contrat, Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *L'égalité*, Rapport annuel de la Cour de cassation, Paris : La Documentation française, 2003, p. 186-204, spéc. p. 192 ; Y. Lequette : « Bilan des solidarismes contractuels », précité, n°19-21 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit., loc. cit.* ; Contra, se défendant de placer le contrat sous le contrôle du juge, D. Mazeaud : « Le juge et le contrat variations optimistes sur un couple « illégitime » », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, mélanges offerts à J.-L. Aubert, Paris : Dalloz, 2005, p. 235-259.

³⁹⁸ G. Lardeux : *op. cit., loc. cit.*

³⁹⁹ L. Leveneur : « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 173-191, n°1.

⁴⁰⁰ P. Rémy : « La genèse du solidarisme contractuel », précité, n°6.

⁴⁰¹ Y. Lequette : « Bilan des solidarismes contractuels », précité, n°16, l'auteur ajoutant que les « débats de politique juridique ne peuvent totalement suppléer l'absence d'analyse juridique approfondie de la réalité positive ».

⁴⁰² *Idem*, n°14.

⁴⁰³ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, précité, n°751.

⁴⁰⁴ J. Hauser : « Rapport de synthèse », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, Paris : Economica, 2004, p.193-201, n°11 où l'auteur estime qu'il s'agit « d'une vision d'ensemble de la société » transformée en « socialisme de fourmi » ; Y. Lequette : « Bilan des solidarismes contractuels », précité, n°29 et s ; du même auteur : « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris : Lexis-Nexis : Dalloz, 2012, p. 879-903, n° 6.

⁴⁰⁵ La dimension « fraternité » du solidarisme contractuel n'est pas partagé par l'ensemble des auteurs du courant : A.-S. Courdier-Cuisinier : *op. cit.*, n°149 et s. où l'auteur, tout en concédant des similitudes entre solidarité et fraternité, ne les assimile pas, considérant que le sentiment d'amour ou d'amitié qui ressort de la fraternité n'est pas inhérent à l'ensemble des relations contractuelles ; C. Jamin : « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », précité, p. 471 : « il ne s'agit nullement d'affirmer une quelconque fraternité de nature sentimentale entre les parties » ; du même auteur : « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », précité, spéc. p. 138 où l'auteur estime que le terme fraternité est distinct du terme de solidarité contractuelle,

partie de la doctrine montrant alors une ferme opposition au courant solidariste, qualifié d'« utopie »⁴⁰⁷, voire, dans sa dimension faisant toujours primer l'intérêt de la collectivité sur celui de l'individu, conduisant à des régimes totalitaires⁴⁰⁸. Sur le fond, les critiques portent sur la contestation du devoir de coopération, puisque, selon un auteur, le contrat serait plutôt une forme de « coopération antagoniste »⁴⁰⁹. D'autres remarquent qu'une « chose est d'imposer un standard de comportement, une autre est d'exiger un sacrifice pour le bénéfice de l'autre partie »⁴¹⁰. Un auteur estime que la doctrine solidariste conduit à « réécrire la volonté des parties »⁴¹¹, soulignant qu'il revient à « couler le droit commun dans le moule du droit de la consommation »⁴¹². Les réponses que certaines plumes du solidarisme contractuel ont pu apporter ne sont pas moins dénigrées, puisqu'elles sont décrites comme ayant une stratégie de « victimisation »⁴¹³. Il faut reconnaître que certaines critiques adressées au solidarisme contractuel sont excessives, et que le débat « mérite mieux que railleries et invectives »⁴¹⁴.

« puisque le premier est d'inspiration religieuse, au contraire du second » ; du même auteur : « Le solidarisme contractuel : un regard Franco-québécois », 9^e Conférence Albert Mayrand, Montréal : Editions Thémis, 2005, p. 16 : « Il [Le solidarisme contractuel] relève d'une anthropologie fort différente de la fraternité » ; Elle est également critiquée par le reste de la doctrine, v. par ex. : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *Droit des obligations*, précité, n°42 où les auteurs estiment que « les contrats-échange offrent un terrain qui n'est guère favorable à l'épanouissement de la solidarité, de la fraternité et de l'amitié » ; J.-P. Chazal : « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Colloque du 14 mai 2001, Centre René Demogue de l'Université de Lille II, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003, p.99, spéc. p. 121 ; Y. Lequette : « Bilan des solidarismes contractuels », précité, n°8-9 ;

⁴⁰⁶ J. Carbonnier : *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis droit privé, 2000, n°114 : « L'outrance peut perdre une idée juste. On s'étonne qu'à une époque où le mariage s'était peut trop transformer en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage » ; Y. Lequette : « Bilan des solidarismes contractuels », n°12-14 ; P. Stoffel-Munck : « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », note sous Cass. com., 15 janv. 2002, n°99-21.172, (non publié), D., 2002, p. 1974 où l'auteur poursuit la comparaison en précisant qu'à « l'heure du Pacs, vouloir rapprocher tout contrat (...) d'un modèle communautaire peut effectivement surprendre ».

⁴⁰⁷ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit., loc. cit* ; P. Malinvaud, D. Fenouillet : *Droit des obligations*, précité, n°79.

⁴⁰⁸ Y. Lequette : « Bilan des solidarismes contractuels », précité, n°10 ; L. Fin-Langer : *L'équilibre contractuel*, thèse, préf. C. Thibierge, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 366, n°122 ; J. Carbonnier : *op. cit., loc. cit.*

⁴⁰⁹ J. Carbonnier : *op. cit., loc. cit.*, et l'auteur ajoute : « Par des moyens communs, de pure opportunité, chacun des cocontractants cherche à atteindre des fins propres, et un conflit est latent sous la coopération. La coopération dans le contrat est bien souvent restreinte et non exempte d'arrière-pensées » ; Adde J.-P. Chazal : « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », précité, p. 122.

⁴¹⁰ D. Mainguy, J.-L. Respaud : *Droit des obligations*, Paris : Ellipses, coll. cours magistral, 2008, n°66.

⁴¹¹ L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Paris : Economica, Coll. Recherches juridiques, 2011, n°324.

⁴¹² *Idem*, n°320.

⁴¹³ Y. Lequette : « Bilan des solidarismes contractuels », précité, n°4.

⁴¹⁴ Y. Lequette : « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris : Lexis-Nexis : Dalloz, 2012, p. 879-903 ; Il faut reconnaître que partisans et opposants au solidarisme contractuel s'accusent mutuellement de ces invectives : D. Mazeaud : « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel* précité, p. 57 ; du même auteur : « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », in *mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris : Lexis-Nexis : Dalloz, 2012, p. 905-926, n°3 où l'auteur relève « le mépris et la condescendance » des critiques, et évoque, n°9 un « réquisitoire impitoyable » ; Adde Y. Lequette : « Bilan des solidarismes contractuels », précité, n°3 où l'auteur reproche à D. Mazeaud l'utilisation des termes « béats » et « bigots » adressés à la doctrine hostile au solidarisme contractuel in D. Mazeaud : « Loyauté,

Pour autant, la considération du contrat comme un lieu de fraternité et le rôle prépondérant que les auteurs de la doctrine solidariste confèrent au juge interroge, semble-t-il légitimement, la doctrine⁴¹⁵. De ce point de vue, les critiques sont nettement plus compréhensibles et il est patent que l'introduction du sentiment dans le contrat revient à le faire entrer « là où il n'a rien à faire »⁴¹⁶. Il a également été relevé que le terme de « solidarité » se trouve employé à contresens en la circonstance⁴¹⁷, en raison d'une « absence de définition »⁴¹⁸, et opérant une confusion en qualifiant le contrat de communauté⁴¹⁹, oubliant que la solidarité consiste à « agir dans l'intérêt d'autrui », et non « pas seulement respecter cet intérêt »⁴²⁰.

Sans basculer dans une vision utopique du contrat, l'émergence du devoir de coopération, à la fois issu des développements relatifs à la bonne foi et de la doctrine solidariste semble être un vecteur de sanction de pratiques mises en place par des contractants⁴²¹. L'incarnation du solidarisme contractuel dans le devoir de coopération et son rôle dans la lutte contre les pratiques implique de faire le bilan des applications jurisprudentielles de cette construction doctrinale. Là encore, les détracteurs soulignent un fait : les décisions jurisprudentielles qui consacrent ou s'inspirent du solidarisme contractuel sont peu nombreuses⁴²², ce bilan étant partagé par les auteurs favorables à cette doctrine⁴²³. Les

solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », précité, n°6 ; La critique est reprise par Y. Lequette : « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », précité, n°4, où l'auteur reproche également à D. Mazeaud la description des opposants au solidarisme contractuel comme atteints « d'une forme d'autisme juridique », citant les derniers mots de l'article de D. Mazeaud : « Le nouvel ordre contractuel », précité.

⁴¹⁵ *Contra* : D. Mazeaud : « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », précité, n°13 où l'auteur se défend « de livrer au contrat au juge ».

⁴¹⁶ Y. Lequette : « Bilan des solidarismes contractuels », précité, n°37 ;

⁴¹⁷ M. Mignot : « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?, RRJ, n°2004-4, p. 2153-2197, n°8 : « l'acte solidaire implique un don, et est donc nécessairement déséquilibré » ; « le critère de la solidarité est la gratuité » ; *Adde* n°47 s où l'auteur explique en quoi il ne faut pas confondre solidarisme et justice contractuelle, le solidarisme impliquant un échange déséquilibré, et la justice contractuelle œuvrant pour l'équilibre.

⁴¹⁸ *Idem*, n°7.

⁴¹⁹ *Idem*, n°21 et s.

⁴²⁰ *Idem*, n°38.

⁴²¹ *V. par ex* : Cass., com., 3 nov. 1992, *Huard* ; Cass. com., 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche*, précités, *Supra*, n°98.

⁴²² J. Cedras : « Liberté, égalité, contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », précité, spéc. p. 203-204, où l'auteur conclut en estimant que « le bilan du solidarisme est maigre » et que « la Cour de cassation n'est pas prête au grand soir » ; L. Leveneur : « le solidarisme contractuel : un mythe », précité, où l'auteur estime que le solidarisme contractuel se limite à « quelques arrêts peu explicites et surtout très sollicités » ; Y. Lequette : *op. cit.*, n°24-25 où l'auteur, après un regroupement de position doctrinales en ce sens, estime que le « bilan quantitatif est globalement décevant pour le solidarisme contractuel » ; G. Lardeux, *op. cit.*, p. 60-61.

⁴²³ C. Jamin : « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p.159-171, spéc. p. 168, où l'auteur évoque « l'indigence relative du résultat » ; D. Mazeaud : « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », précité, où l'auteur conclut que la Cour de

applications jurisprudentielles du solidarisme contractuel sont rares, et la sanction de pratiques, qu'elles soient action⁴²⁴ ou abstention⁴²⁵, mises en œuvre par des contractants, sur le fondement du solidarisme contractuel ne peut être considérée comme une réalité. Ainsi, hormis quelques exemples, qui se rattachent davantage à une simple exigence de bonne foi qu'à une application du solidarisme contractuel, cette importante construction doctrinale reste inappliquée en jurisprudence de droit commun. Son apport dans la sanction de pratiques anti-contractuelles, qui sont mises en œuvre entre contractants professionnels, demeure ainsi très mesuré. La vision des contrats comme une union ou comme le creuset d'une fraternité entre les parties qui feraient passer les intérêts de leur contractant avant les leurs, en excluant toute forme d'égoïsme apparaît utopiste. La situation concrète de contractants ne relève pas, à de rares exceptions près, d'une relation amicale ou fraternelle. Les intérêts de deux parties à un contrat ne sont pas nécessairement convergents, et il suffit de songer à la conclusion du contrat-cadre annuel⁴²⁶ entre producteur et distributeur, ou à la simple conclusion d'une vente ou d'une prestation de service entre un professionnel et un consommateur pour s'en convaincre⁴²⁷. Cependant, il ne s'agit pas de réduire à ces considérations l'ensemble des développements du solidarisme contractuel. Lorsqu'il met en évidence que la bonne foi peut être vue positivement, comme un devoir de coopération, supposant la confiance et la loyauté, le solidarisme contractuel peut être appliqué en jurisprudence dans la sanction de pratiques, en particulier dans les contrats de distribution, comme un des plus éminents défenseurs du courant le laisse

cassation « ne succombe pas aux charmes du solidarisme contractuel » ; *Adde*, du même auteur : « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », précité, n°8, et 19.

⁴²⁴ Par ex. le devoir d'adaptation de ses salariés à leur emploi qui incombe à l'employeur, Cf. *Supra*, n°101.

⁴²⁵ Par ex. ne pas mettre son contractant en mesure de pratiquer des prix concurrentiels, Cf. Cass. com., 3 nov. 1992, précité et Cass. com., 24 nov. 1998, précité, Cf., *Supra* n°98.

⁴²⁶ La conclusion de ce contrat est prévue par l'art. L.441-7 C. com. Il est intéressant de constater que ce contrat, institué par la loi n°2005-882 du 2 août 2005, portait alors le nom de « contrat de coopération commerciale ». Plus précisément, la définition de ce contrat est issue de l'article 3 de la Circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs (JO du 25 mai 2003, p. 8970). Il revêt alors déjà beaucoup de caractéristiques identiques à la version actuelle. L'appellation légale de ce contrat pouvait alors être vue comme consécration du devoir de coopération, partie intégrante de la doctrine du solidarisme contractuel. Cette incursion de la doctrine du solidarisme dans le droit des relations de distribution a parfois été relevée en doctrine, v. par ex. : S. Retterer : « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution, D., 2003, p. 1210 ; Y. Picod : « Droit de la distribution et droit des contrats », P. Aff., 1^{er} juil. 2005, n°130, p. 19 ; D. Mazeaud : « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », précité, n°20 et s où l'auteur évoque l'inspiration solidariste des lois intervenues dans le droit des pratiques restrictives de concurrence. L'appellation de « contrat de coopération commerciale » n'a pas perduré depuis la loi 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui ne nomme plus le contrat de l'art. L.441-7 C. com., revêtant pourtant les mêmes caractéristiques que l'ex-contrat de coopération commerciale.

⁴²⁷ V. déjà en ce sens : H. Capitant : « Les effets des obligations », RTD Civ., 1932, p. 722, spéc. p. 726 : « Je ne vois pas bien quel organisme je forme avec les domestiques que j'emploie », cette citation est reprise par C. Jamin : « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », précité.

entendre, au fil de ses publications⁴²⁸. Cette vision plus réaliste⁴²⁹ du solidarisme contractuel se trouve dès lors plus proche des développements doctrinaux concernant l'émergence d'un devoir de loyauté dans l'exécution du contrat.

β. Le devoir de loyauté.

103. La notion de devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. La doctrine du solidarisme contractuel évoque la loyauté parmi d'autres directives d'exécution des contrats. Mais, en dehors de cette construction, une partie de la doctrine a développé un devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. La définition de la loyauté, vue comme un principe « fondateur »⁴³⁰ ou « général »⁴³¹ du droit des contrats implique « honneur et probité »⁴³², « qui est de la condition requise par la loi »⁴³³. Générale, cette définition est appliquée aux contrats. La loyauté se définit à la fois par « opposition à l'attitude malhonnête ou fautive du contractant »⁴³⁴, c'est-à-dire par « opposition à la faute »⁴³⁵, à « l'abus de droit »⁴³⁶, ou encore au « dol »⁴³⁷ ou à la « fraude »⁴³⁸. Elle se définit plus positivement par « l'attitude

⁴²⁸ A la lecture des différents articles consacrés au solidarisme contractuel de D. Mazeaud, semble émerger une évolution de sa pensée. Au départ étendue à l'ensemble des contrats et parée des vertus de fraternité, de civisme (Cf. « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », précité), sa vision du solidarisme se précise de plus en plus pour trouver son domaine de prédilection dans les contrats dits de dépendance (Cf. « Fixation unilatérale des conditions de vente par un concédant automobile », note sous Cass. com., 15 janv. 2002, D., 2002, p. 2841 : où l'auteur précise que le solidarisme contractuel « a essentiellement vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties », ajoutant en conclusion que « c'est sans doute dans ce domaine spécifique [celui des contrats-cadre de distribution] que la théorie du solidarisme contractuel a la plus vocation à se déployer »). Il s'agit des contrats de distribution où l'instauration d'une dose de solidarisme paraît en effet souhaitable pour la sanction de certaines pratiques, et peut être déjà en partie réalisée par le législateur, comme le précise son article précité « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des centres, des braises... ».

⁴²⁹ Y. Lequette : « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », précité, n°10, 12 et 13 où l'auteur estime qu'il s'agit d'une « révision à la baisse des ambitions du solidarisme contractuel ».

⁴³⁰ M. Mekki : *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, Bibl. de droit privé, t. 411, Paris : LGDJ, 2004, n°1229.

⁴³¹ Loi n°2015-177 du 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, art. 8, qui autorise le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures visant à moderniser, simplifier, améliorer la lisibilité, et renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve. Dans cette optique, la loi poursuit en précisant qu'il conviendra pour le gouvernement d'« (1°) affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle » ; Ladite ordonnance sera publiée le 10 fév. 2016.

⁴³² E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, précité, V° « loyal », sens 2 ; L. Vogel : « Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage ? », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris : Dalloz, 2013, Coll. Etudes, mélanges, travaux, p. 745-753, n°1.

⁴³³ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, précité, sens 1.

⁴³⁴ Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. précitée, n°14 s ; L. Aynès : « L'obligation de loyauté », Arch. Phil. Droit, t. 44, Paris : Dalloz, 2000, p. 195-204, spéc. p. 197 où l'auteur évoque « l'attitude double », la « duplicité ».

⁴³⁵ *Idem*, n°15 et s.

⁴³⁶ *Idem*, n°18 et s.

⁴³⁷ *Idem*, n°24 et s.

⁴³⁸ *Idem*, n°46 et s.

consciencieuse et diligente du contractant »⁴³⁹, par une « exécution fidèle de son engagement »⁴⁴⁰. Il s'agit d'éviter « de placer son partenaire contractuel en mauvaise posture »⁴⁴¹. Il n'y a pas de distinction en ce qui concerne le devoir de loyauté, il s'applique tant au débiteur qu'au créancier⁴⁴². Plus précisément, la loyauté est rattachée « à la commune intention des parties »⁴⁴³, mais a vocation à intervenir « là où le contrat ne dit rien »⁴⁴⁴, supposant un certain nombre d'obligations, « tolérance, coopération, renseignement »⁴⁴⁵, mais aussi une certaine « cohérence du comportement »⁴⁴⁶. De ce point de vue, il peut apparaître une proximité entre le devoir de loyauté et le solidarisme contractuel⁴⁴⁷. Pourtant, la doctrine favorable à la reconnaissance d'un devoir de loyauté se distingue de celle qui plaide en faveur du solidarisme contractuel. En d'autres termes, il s'agit d'une autre manière de consacrer un devoir de coopération entre contractants, en lui conférant un contenu différent. Subtile, la distinction n'en est pas moins réelle. Elle est d'abord une différence de degré d'exigence des contractants. Le devoir de loyauté constitue une manière d'exprimer ce que la loi prévoit pour l'ensemble des contrats : une exécution de bonne foi. Le devoir de coopération va au-delà de cette exigence de loyauté⁴⁴⁸. En la consacrant, il exige également positivement une étroite

⁴³⁹ *Idem*, n°56 et s.

⁴⁴⁰ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit.*, n°440 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *Droit civil, les obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2014, n°1052.

⁴⁴¹ J.-L. Aubert, E. Savaux, J. Flour : *Droit civil. Les obligations, I. L'acte juridique*, 15^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2012, n°378.

⁴⁴² F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit.*, *loc. cit.* ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *op. cit.*, n°1052-1055.

⁴⁴³ Y. Picod : *op. cit.*, n°62-1.

⁴⁴⁴ *Idem*, n°65 ; *Adde* : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, *loc. cit.*, où les auteurs expliquent qu'il s'agit de « préserver l'attente légitime du contractant qui ne repose pas seulement sur les termes du contrat lorsqu'il s'exécute depuis un certain temps ».

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, précité, n°764 ; B. Fages : *Droit des obligations*, précité, n°274, où l'auteur estime que la loyauté consiste à « s'abstenir d'un certain nombre d'attitudes manifestement déloyales », et interdit de se contredire au détriment d'autrui, c'est-à-dire « une action contraire aux déclarations et comportements antérieurs si cela déjoue l'anticipation de l'autre » ; L. Aynès : art. précité, spéc. p. 197 ; *Adde*. p. 204 : positivement, la loyauté consiste à « adopter un comportement unifié sur lequel autrui puisse fonder ses prévisions ».

⁴⁴⁷ D. Mazeaud : « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », précité, n°12 s où l'auteur inclut le devoir de loyauté au sein du solidarisme contractuel ; du même auteur : « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Paris : Dalloz, 2006, p. 371-396, spéc. n°15-17 où l'auteur inclut le devoir de loyauté dans « l'humanisme contractuel », et dans un « certain civisme » ; Y. Picod : *op. cit.*, n°87 où l'auteur développant le devoir de coopération, l'inclut dans une « solidarité particulièrement élevée entre les parties », et n°83 où l'auteur indique que « le débiteur devra dépasser ses intérêts égoïstes pour faciliter l'entreprise de son créancier » ; J. Mestre : « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », RLDC, mars 2009, n°58, p. 7-9, spéc. p. 9 *in fine*, où l'auteur, distinguant devoir de loyauté et devoir de coopération, estime qu'il est possible de trouver une « formule intermédiaire, qui ferait de l'abstention des comportements déloyaux le socle de la bonne foi, mais inviterait aussi le contractant à ne pas se désintéresser du sort de son partenaire. Autrement dit, à tourner son regard vers lui et à faire dès lors son possible pour que le contrat soit à même de satisfaire l'intérêt de chacun ».

⁴⁴⁸ V. en ce sens, J. Mestre : « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », art. précité, où l'auteur estime p. 9 *in fine* que « le débat est ouvert entre l'approche minimale [de la bonne foi] de la condamnation des

coopération des parties vers un objectif commun. Dans le cadre de cette coopération, la doctrine a décrit les relations contractuelles comme solidaires, fraternelles, précisant que la coopération implique la prise en compte de l'intérêt de son partenaire, à égalité avec le sien⁴⁴⁹. Cette description des relations contractuelles ne se retrouve pas dans le devoir de loyauté. Ce devoir permet la « sanction des mauvais comportements », alors que le devoir de collaboration apparaît « plus exigeant »⁴⁵⁰. Pour résumer, le devoir de loyauté se situe à un degré d'exigence moindre que le devoir de coopération⁴⁵¹. Ce dernier inclut le devoir de loyauté, en le complétant. Alors que la doctrine est divisée sur l'acceptation du devoir de coopération, il en va différemment en ce qui concerne le devoir de loyauté qui apparaît davantage comme une interprétation de la bonne foi dans l'exécution du contrat⁴⁵², même s'il est rappelé la distinction entre bonne foi et loyauté, la seconde constituant une partie de la première⁴⁵³.

104. L'apport du devoir de loyauté dans l'exécution du contrat dans la lutte contre les pratiques. Défini comme une « norme générale de comportement »⁴⁵⁴, ou comme un comportement consciencieux, honnête et diligent, le devoir de loyauté décrit un certain nombre

comportements déloyaux et l'approche maximale de l'exigence d'agir au mieux des intérêts du cocontractant » ; B. Fages : *op. cit.*, n°274-275 où l'auteur distingue ces deux interprétations de la bonne foi ; S. Lequette : *th. précitée*, n°432 où l'auteur estime que la coopération exige plus que la loyauté. *Adde* : C. Thibierge-Guelfucci : « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », précité, n°32.

⁴⁴⁹ Cf. *Infra*, n°100.

⁴⁵⁰ En ce sens : J. Mestre : « L'évolution du contrat en droit privé français » in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, Paris : PUF, Coll. Publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1986, p. 41-60, spéc. p. 53 ; du même auteur : « d'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.*, 1986, p. 100, spéc. p. 101 où l'auteur précise que « la bonne foi permet de façon négative de sanctionner les déloyautés manifestes, et l'esprit de collaboration implique de manière positive des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun » ; B. Fages : *Le comportement du contractant*, *th. précitée*, n°552 et s.

⁴⁵¹ La distinction ne semble pas partagée par l'ensemble de la doctrine, *v. contra* : P. Le Tourneau, M. Poumarède : *Bonne foi*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2013, n°65 et s, les auteurs assimilant les deux devoirs.

⁴⁵² P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, n°764 : La bonne foi consiste pour les parties « à ne pas surprendre la confiance qu'elle a suscité en contractant, elle est l'expression d'un devoir général de loyauté du comportement » ; B. Fages : *op. cit.*, n°273 : « La bonne foi est une norme générale de comportement, elle implique loyauté et coopération » ; A. Bénabent : *Droit des obligations*, précité, n°285 ; L. Thibierge : *th. précitée*, n°274.

⁴⁵³ En ce sens : L. Aynès : « L'obligation de loyauté », précité, p. 198, où l'auteur démontre qu'il ne faut pas confondre bonne foi et loyauté, la bonne foi étant à la fois « l'intégrité de l'intention », qui ne s'assimile pas à la loyauté, mais aussi « le devoir de ne pas abuser de son droit », qui correspond à la loyauté ; M. Fabre-Magnan : *Droit des obligations, t. 1 : Contrat et engagement unilatéral*, précité, p. 68 : « la bonne foi est un état d'esprit et une façon d'agir, de se comporter », et précisant la seconde acception de la bonne foi : « agir de bonne foi est se comporter de façon loyale vis-à-vis de son partenaire » ; *Adde* : B. Jaluzot : *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2001, n°20 et s.

⁴⁵⁴ B. Fages : *op. cit.*, *loc. cit.* ; V. aussi : P. Brunswick : « Tentative de définition du devoir de loyauté », in Dossier : *Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ?* Cah. dr. ent., 2016, dossiers 1 et s. spéc. dossier 2, où l'auteur définit le devoir de loyauté comme « un norme de comportement en société consistant à adopter une attitude adaptée à chaque situation, générant la confiance et conforme à la confiance légitime reçue dans le cadre de ladite situation » ; *Adde*, du même auteur, dans le même dossier : « Spécificités du devoir de loyauté », dossier 6.

de pratiques, et devrait permettre la sanction des pratiques qui s'analysent en des comportements contraires. En effet, le devoir de loyauté a vocation à limiter l'usage des prérogatives contractuelles à un usage loyal⁴⁵⁵. Ainsi, le débiteur qui fait preuve de loyauté dans l'exécution de ses obligations peut, par exemple, demander en justice des délais de grâce⁴⁵⁶. En revanche, s'il se rend coupable de déloyauté, la loi prévoyait qu'il ne pourra s'exonérer de sa responsabilité contractuelle, même en cas de « cause étrangère qui ne peut lui être imputée »⁴⁵⁷. Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat paraît plus exigeant à l'égard du créancier. La jurisprudence considère parfois que le créancier doit faire un usage diligent des droits qu'il a par rapport à son débiteur⁴⁵⁸, mais aussi qu'il doit adopter un comportement cohérent⁴⁵⁹. Cette dernière exigence est parfois qualifiée « d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui »⁴⁶⁰, ou de « préservation des attentes légitimes du contractant »⁴⁶¹. Cette exigence de cohérence de comportement qui se rattache au devoir de loyauté paraît être la mieux à même d'être transposée dans l'appréhension de pratiques. Il s'agirait alors de pratiques mises en œuvre par le créancier en contradiction avec le comportement qu'il a énoncé suivre

⁴⁵⁵ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, n°764 ; B. Fages : *op. cit.*, *loc. cit.* ; M. Fabre-Magnan : *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁵⁶ Art. 1343-5 C. civ. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1244-1 C. civ.

⁴⁵⁷ Avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1147 C. civ. ; la référence à la mauvaise foi ne semble pas reprise en tant que telle dans les dispositions nouvelles relatives à l'inexécution du contrat (art. 1231 et s. C. civ.).

⁴⁵⁸ F. Terré, Y. Lequette, P. Simler : *op. cit.*, n°440 ; Cass. civ. 3^e, 21 mars 2012, n°11-14.174, Bull. civ. III, n°49 : Dans cette espèce, un bailleur avait attendu cinq années avant de présenter à son locataire une somme au titre de la régularisation de charges, alors qu'il existe une obligation légale de régularisation annuelle des charges pesant sur le bailleur. La Cour de cassation considère que « la réclamation présentée sur une période écoulée de cinq ans de plus du triple de la somme provisionnée, si elle était juridiquement recevable et exacte dans son calcul était, dans ce cas, déloyale et brutale et constitutive d'une faute dans l'exécution du contrat » entraînant, « par son comportement », la responsabilité du bailleur envers le locataire ; Dr. et Patr., 2013-1, n°221, p. 81-82, note P. Stoffel-Munck ; Gaz. Pal., 2012, n°187, p. 18-19, note D. Houtcieff ; AJDI, 2012, p. 597, note S. Le Gac-Pech ; RDC, 2012, p. 806, note O. Deshayes ; RDC 2012, p. 763, note Y.-M. Laithier, l'auteur notant que cet arrêt se trouve en contrariété avec celui rendu le 10 juil. 2007 par la Chambre commerciale (Cf. *Supra*, ce paragraphe).

⁴⁵⁹ D. Houtcieff : *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, th. précitée, n°1055 ; B. Fages : *Le comportement du contractant*, th. précitée, n°592 ; P. Stoffel-Munck : *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, th. précité, n°99 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, *loc. cit.* ; F. Terré, Y. Lequette, P. Simler : *op. cit.*, *loc. cit.* ; Cass. com., 8 mars 2005, n°02-15.783, Bull. civ. IV, n°44 : en l'espèce, la Cour estime que le créancier « avait adopté un comportement incompatible avec l'application de la convention litigieuse, dont elle a revendiqué ensuite le bénéfice, avait manqué à son obligation de l'exécution de bonne foi » ; RTD Civ., 2005, p. 391, note J. Mestre et B. Fages ; D. 2005, p. 883, note sous arr. X. Delpech ; RTD Com., 2005, p. 397, note D. Legeais ; P. Aff., 2005, n°192, p. 11, note sous arr. Y. Dagorne-Labbé ; RDC, 2005, p. 1015, note D. Mazeaud ; RLDC, 2005, n°7, p. 5, note D. Houtcieff ; Cass. civ., 3^{ème}, 28 janv. 2009, n°07-20.891, Bull. civ. III, n°22 ; D., 2009, p. 2008, note sous arr. D. Houtcieff ; RDC, 2009, p. 999, note D. Mazeaud ; JCP, G, 2009, I, 138, n°22, note P. Grosser ; RTD Civ., 2009, p. 317, note B. Fages ; *Adde.* en matière de procédure : Cass. Com., 20 sept. 2011, n°10-22.888, Bull. civ., IV, n°132 ; RTD Civ., 2011, p. 760, note B. Fages ; D., 2012, p. 167, note C. Maréchal ; RLDA, 03/2012, n°69, p. 70, comm. F. Girard.

⁴⁶⁰ B. Fages : *op. cit.*, n°274 ; V. aussi, du même auteur : note Cass. com. 20 sept. 2011, n°10-22.888, Bull. civ., IV, n°132 ; RTD Civ., 2011, p. 760 : « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, érigée au rang de principe », le « principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » servant de visa à la solution de la Cour de cassation en l'espèce.

⁴⁶¹ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, *loc. cit.*

ou qu'il a suivi. Ces pratiques peuvent alors être vues comme contraire au devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. Pourtant, la sanction de telles pratiques sur ce fondement sera nécessairement rare puisque la jurisprudence a considéré que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »⁴⁶². L'application du devoir de loyauté en tant que versant de l'exigence de bonne foi au stade de l'exécution du contrat semble se limiter aux prérogatives contractuelles selon la Cour de cassation, c'est-à-dire « un pouvoir reconnu par la loi ou le contrat aux parties d'agir de manière unilatérale »⁴⁶³. L'ensemble de la doctrine ne retient cependant pas de cet arrêt une interprétation aussi restrictive, estimant que les situations de déloyauté de la part du créancier peuvent également être sanctionnées sur ce fondement⁴⁶⁴. Il n'en demeure pas moins que le fondement de la loyauté ne permet qu'une sanction très mesurée de pratiques mises en œuvre par une des parties au contrat, en raison de la limitation apportée par la jurisprudence, qui ne transpose pas, à quelques exceptions près, en matière contractuelle le principe de cohérence qu'elle consacre en matière processuelle.

105. L'insuffisance de la bonne foi pour sanctionner les pratiques mises en œuvre lors de l'exécution du contrat. Au terme de l'étude du rôle de la bonne foi dans la lutte contre les pratiques mises en place par une partie à un contrat, il semble que la notion soit à même de jouer un rôle de premier plan dans ce domaine. Pourtant, et malgré une importante activité doctrinale, elle demeure cantonnée à un rôle nettement plus mesuré. Ainsi, concernant l'adaptation ou la renégociation du contrat en cas de modification de circonstances, la jurisprudence est restée isolée, et la consécration législative de la renégociation du contrat en cas de changement de circonstances imprévisible n'est pas fondée sur la bonne foi. Le devoir de coopération qui prend appui sur la bonne foi apparaît très connoté par la doctrine du solidarisme contractuel, et les quelques applications de ce devoir en jurisprudence ont été consacrées par le droit spécial, notamment en droit du travail et en droit de la consommation. Enfin, la loyauté, qui peut être vue comme une norme de comportement permettant de

⁴⁶² Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, Bull. civ. IV, n°188, Gaz. Pal., 2007, n°209, p. 25 : communiqué de la Cour de cassation sous arr. ; D. 2007, p. 2839, note X. Delpech et note P. Stoffel-Munck ; p. 2844, note P.-Y. Gauthier ; RTD Civ., 2007, p. 773, note B. Fages ; JCP 2007 II 10154, note D. Houtcieff ; CCC 2007, comm. 294, note L. Leveneur ; RDC, 2007, p. 1107, note L. Aynès ; p. 1110, note D. Mazeaud ; Defrénois, 2007, n°20, p. 1454, note E. Savaux ; Bull. Joly, 2007, n°11, p. 1187, note A. Couret.

⁴⁶³ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁶⁴ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette : *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^{ème} éd., t. 2, Paris : Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2008, n°164, n°6 s ; F. Terré, Y. Lequette, P. Simler : *op. cit.*, *loc. cit.*

stigmatiser les mauvaises pratiques des contractants reste limitée à quelques applications. La bonne foi apparaît donc comme une notion trop large pour atteindre précisément un certain nombre de pratiques mises en œuvre lors de l'exécution du contrat. Sans minimiser les décisions qui, se fondant sur la bonne foi, sanctionnent de telles pratiques, la bonne foi n'apparaît pas comme le fondement idoine pour ce faire. Dépassant les débats qui ont lieu sur la bonne foi, et montrant les limites de la notion, une partie de la doctrine propose de se fonder sur d'autres notions qui peuvent permettre de sanctionner des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un contrat, l'équilibre et la proportionnalité.

3. La contribution de l'équilibre contractuel et de la proportionnalité à la sanction des pratiques par le droit des contrats.

106. La place de l'équilibre contractuel et du contrôle de la proportionnalité dans la sanction de pratiques. La célèbre citation « qui dit contractuel dit juste »⁴⁶⁵ intervient comme conclusion au raisonnement d'un auteur selon lequel la société fondée sur un « organisme contractuel » répond aux principes de fraternité et de justice. Il n'apparaît pas certain que cela puisse être transposé à l'ensemble des contrats de droit privé contemporains. Dans certains d'entre eux, la justice, l'équilibre, la proportion entre les prestations peut devoir être vérifiée tant elle ne paraît pas frappée du sceau de l'évidence. Songeant aux contrats de travail, aux relations entre professionnels et consommateurs, entre consommateurs et établissements de crédit, à certaines relations entre professionnels, les concepts d'équilibre ou de proportionnalité entre prestations ne sont pas nécessairement les premiers qui viennent à l'esprit. Pourtant, dans chacun de ces exemples, la jurisprudence et la loi tendent à assurer un certain équilibre et une certaine proportion par des règles protectrices des parties à ces contrats, pouvant conduire à la sanction de pratiques via l'équilibre contractuel d'une part (a), ou via la proportionnalité, d'autre part (b).

a. L'équilibre contractuel.

107. Notion d'équilibre contractuel. L'équilibre contractuel ne se trouve pas défini dans la loi. Le terme équilibre renvoie à « l'état d'un corps qui se tient debout, sans pencher d'aucun côté »⁴⁶⁶, mais aussi à la « juste proportion, la juste mesure »⁴⁶⁷. Malgré cette absence de définition juridique, une partie de la doctrine a développé la notion d'équilibre contractuel.

⁴⁶⁵ A. Fouillée : *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} éd., Paris : Hachette, 1885, p. 410.

⁴⁶⁶ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, précité, V^o « équilibre », sens 1.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, sens 4.

Il désigne selon un auteur la « composition harmonieuse du contenu du contrat »⁴⁶⁸, ainsi qu'une « stabilité de ce contenu »⁴⁶⁹. Non contenus dans la définition générale, l'harmonie et la stabilité formeraient ainsi les deux principales composantes de l'équilibre contractuel. L'harmonie implique un « agencement des parties d'un tout, de manière à ce qu'elles concourent à une même fin »⁴⁷⁰, et la stabilité fait référence à « quelque chose qui se maintient »⁴⁷¹. Il s'ensuit que cette définition de l'équilibre contractuel ne recèle plus l'idée d'une chose qui ne penche d'aucun côté. Il lui est préféré une conception plus finaliste selon lequel chaque élément contractuel doit concourir à une même fin, ce qui peut faire appel à l'image selon laquelle toutes les clauses vont dans le même sens. Tournée vers une finalité unique, l'analyse ne permet pas d'inclure les contrats-cadre, auxquels il est possible de reconnaître plusieurs objectifs, comme par exemple en matière de distribution de produits, la vente des produits, mais aussi leur promotion, leur installation ou le service après-vente. Un tel contrat conduit à la vente de produits par le distributeur, mais la prestation de ce dernier ne se limite pas à la vente, elle comprend également de la publicité, voire le déplacement de techniciens pour la livraison et l'installation. Si la notion d'équilibre contractuel contient la nécessité d'une composition harmonieuse du contrat, elle ne doit pas omettre l'idée selon laquelle les droits et obligations des parties doivent être réciproques, être assorties de contreparties, afin d'éviter de faire pencher le contenu contractuel en faveur d'une seule partie. Ces considérations sont apportées dans la détermination du critère de l'équilibre contractuel. En l'absence de critère unique⁴⁷², plusieurs critères ont été dégagés. Au plan quantitatif, il s'agit de s'assurer de la réciprocité⁴⁷³ dans les droits et obligations accordés par le contrat à chaque partie, mais aussi de la commutativité⁴⁷⁴, c'est-à-dire la recherche des avantages ou des contreparties accordés par le contrat. Au plan qualitatif ensuite, il convient d'analyser l'équivalence⁴⁷⁵, soit la « valeur d'échange des obligations », et subsidiairement la proportionnalité entre les obligations respectives des parties⁴⁷⁶. La vérification de l'équilibre contractuel suppose, selon un auteur, la vérification d'une pluralité de critères. Une partie de la

⁴⁶⁸ L. Fin-Langer : *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. droit privé, t. 366, 2002, n°225 et s ; V. aussi : P. Lemay : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse, Préf. S. Chassagnard-Pinet, Paris : Mare et Martin, Coll. Bibl. des thèses, droit privé et sciences criminelles, 2014, n°228.

⁴⁶⁹ L. Fin-Langer : *op. cit.*, n°258 et 274.

⁴⁷⁰ E Littré : *op. cit.*, V° « harmonie », sens 2.

⁴⁷¹ *Idem*, V° « stabilité », sens 2.

⁴⁷² L. Fin-Langer : *op. cit.*, n°298.

⁴⁷³ *Idem*, n°326 et s.

⁴⁷⁴ *Idem*, n°328 et s.

⁴⁷⁵ *Idem*, n°331 et s.

⁴⁷⁶ *Idem*, n°336 et s.

doctrine reproche à cette analyse de « se fondre dans l'utilité du contrat »⁴⁷⁷. Il est proposé de préférer un critère unique et économique, celui de l'efficacité du résultat, c'est-à-dire qu'une « partie voit sa richesse augmenter sans que la situation de l'autre ne soit altérée »⁴⁷⁸. Au-delà de l'absence d'accord, parmi les auteurs, sur la notion et les critères de l'équilibre contractuel, il convient de se demander si la notion peut avoir une utilité dans la sanction de pratiques.

108. L'équilibre contractuel comme moyen de sanction des pratiques. La consécration de l'équilibre contractuel en droit spécial ne fait guère de doute. Dans les relations entre professionnels et consommateurs, la législation sur les clauses abusives sanctionne les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties⁴⁷⁹. Cette branche du droit prévoit aussi un certain nombre d'obligations d'informations à la charge du professionnel⁴⁸⁰, et sanctionne des pratiques, nommées « pratiques commerciales déloyales »⁴⁸¹. Via ces réglementations, le droit de la consommation peut être considéré comme favorisant l'équilibre dans les contrats qui sont conclus par les consommateurs, et pouvant sanctionner un certain nombre de pratiques mises en œuvre dans un cadre contractuel entre professionnels et consommateurs⁴⁸². Le droit des pratiques restrictives de concurrence se donne également pour objectif l'équilibre des relations commerciales⁴⁸³, le législateur visant notamment les relations formées dans le domaine de la distribution, et plus précisément, de la grande distribution. A travers ces considérations du droit spécial, il est possible de déduire que le droit commun, tel qu'il existait jusqu'à 2016, n'accordait que peu de place à l'équilibre contractuel⁴⁸⁴. En effet, la jurisprudence reste très mesurée dans la consécration d'une telle

⁴⁷⁷ G. Chantepie : *La lésion*, préf. G. Viney, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. droit privé, t. 467, 2006, n°50.

⁴⁷⁸ *Idem*, n°51-52.

⁴⁷⁹ Cf. Art. L. 132-1 C. conso.

⁴⁸⁰ V. par ex. : Art. L. 111-1, L. 311-6 C. conso

⁴⁸¹ V. art. L. 120-1 et s. C. conso.

⁴⁸² Cf. *Infra*, n°116 et s.

⁴⁸³ V. pour des ex. : l'intitulé de la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ; G. Canivet : *Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce*, Paris : La Documentation française, 2004, parmi d'autres mentions de l'équilibre de ces relations : p. 18, 31-32 : « Le dispositif précédemment décrit, conçu pour rééquilibrer les relations entre fournisseurs et distributeurs en agissant sur le comportement même des opérateurs, a abouti à une certaine moralisation des pratiques », *Adde.* p. 99 ; M.-D. Hagelsteen : *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, rapport remis au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et au secrétaire d'état chargé de la consommation, Paris : XO Editions, Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, 2008, l'objectif d'équilibre des relations commerciales est inclus dans la lettre de mission signée des ministres, v. aussi, point 5.2 intitulé : « Favoriser l'élaboration d'un cadre permettant de rééquilibrer les relations entre les fournisseurs, notamment les petites et moyennes entreprises, et les distributeurs » ; Sur le site de la DGCCRF, l'une des missions de la Direction est de veiller « au bon équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs » (<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence/Relations-commerciales>).

⁴⁸⁴ Un auteur, estimant que le contrat est le « lieu du nécessaire équilibre », lui préfère la notion de collaboration, estimant qu'au « souci contemporain d'équilibre contractuel justifiant une intervention unilatérale de rééquilibrage au profit de la partie considérée comme en situation d'infériorité, pourrait bien demain se substituer un esprit de

notion en droit commun, puisque même pour « respecter l'équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat »⁴⁸⁵. Il n'est pas possible de tirer du droit commun un principe d'équilibre contractuel, la jurisprudence se fondant plus volontiers sur la cause pour atteindre des situations de déséquilibres entre les parties à un contrat sur le fondement du droit commun⁴⁸⁶. C'est ainsi que la jurisprudence a pu annuler des contrats d'approvisionnement exclusifs en raison du fait qu'au regard de l'engagement d'exclusivité souscrit par le distributeur, l'avantage procuré par le fournisseur était considéré comme insuffisant⁴⁸⁷. Pour autant, cet avantage existait⁴⁸⁸, mais le déséquilibre entre l'engagement d'exclusivité et sa contrepartie était tel que le contrat a été annulé pour défaut de cause. De même, dans un cas de changement de circonstances déséquilibrant l'économie du contrat, la Cour de cassation a pu s'en remettre à l'absence de cause⁴⁸⁹. Si cette jurisprudence montre que les déséquilibres les plus flagrants peuvent être atteints sur le fondement de la cause, elle démontre l'inexistence en droit commun d'une notion à part entière d'équilibre contractuel. La jurisprudence ne donne pas d'effet juridique à l'équilibre contractuel proprement dit⁴⁹⁰, de sorte que la notion n'a pas permis, de

collaboration, plus riche parce que naturellement bilatéral », J. Mestre : « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD Civ., 1986, p. 100. *Adde* déjà, du même auteur : « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 oct. 1985, Paris : PUF, Coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1986, p. 41-60, spéc. p. 46.

⁴⁸⁵ Pour reprendre le titre de la note de B. Fages, relativement à Cass. civ. 3^{ème}, 18 mars 2009, n°07-21.260, Bull. civ. III, n°64 : dans cette espèce, un bailleur avait loué un local d'habitation à un locataire, moyennant un loyer, mais aussi une participation à la surveillance du bailleur. Une fois le bailleur décédé, ses héritiers ont estimé qu'il fallait convertir cette obligation de surveillance en complément de loyer. La Cour d'appel a considéré que « pour mieux respecter l'équilibre contractuel », il convenait de « substituer à l'obligation de surveillance, devenue impossible, par suite du décès du bailleur, une obligation financière équivalente ». Au visa de l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation casse cet arrêt pour violation de la loi, estimant que « le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat » ; RTD Civ., 2009, p. 528, note B. Fages ; D. 2009, p. 950, note Y. Rouquet ; RDC 2009, p. 1358, note D. Mazeaud ; p. 1490, note J.-B. Seube ; AJDI 2009, p. 611, note C. Dreveau.

⁴⁸⁶ Cf. *Supra*, n°60, pour les développements relatifs à la jurisprudence « Chronopost ».

⁴⁸⁷ Cass. com., 14 oct. 1997, n°95-14.285 ; Defrénois, 1998, p. 1040, note D. Mazeaud ; Cass. com., 8 fév. 2005, n°03-10.749, Bull. civ. IV, n°21 ; CCC, 2005, comm. 104, note sous arr. L. Leveneur ; JCP, G, 2006, II, 10011, note sous arr. A.-M. Luciani ; RDC, 2005, p. 684, note D. Mazeaud ; p. 771, note M. Béhar-Touchais ; RTD Com., 2005, p. 825, note B. Bouloc ; D. 2006, p. 512, note D. Ferrier in « concurrence-distribution : panorama 2005 » ; D. 2005, p. 2836, note S. Amrani-Mekki, in Chr. « droit des contrats », spéc. p. 2841 ; Sur ces deux espèces, v. D. Mazeaud : « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, mélanges en l'honneur de P. Jestaz, Paris : Dalloz, Coll. Etudes, mélanges, travaux, 2006, p. 271, spéc. n°20.

⁴⁸⁸ Dans la première espèce, la contrepartie était la garantie d'un prêt, et dans la seconde espèce, il s'agissait du cautionnement d'un prêt consenti par le distributeur.

⁴⁸⁹ Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369, JCP, E, 2010, 2108, note sous arr. S. Le Gac-Pech ; Sur cet arrêt, Cf. *Infra*, n°289.

⁴⁹⁰ V. *Contra* : Cass. com. 19 déc. 1989, n°88-13.789, Bull. civ. IV, n°327 : la Cour de cassation accorde des dommages et intérêts à un distributeur automobile en raison du fait que son fournisseur avait « modifié l'équilibre contractuel en créant de nouvelles conditions de concurrence préjudiciables à son concurrent ». Le fournisseur avait en effet méconnu la clause d'exclusivité territoriale consenti à son distributeur et avait conclu un contrat de distribution avec un autre distributeur dans le même secteur, modifiant ainsi la zone d'exclusivité du distributeur originaire ; D. 1990, p. 368, note D. Ferrier.

sanctionner des pratiques qui seraient mises en œuvre dans un cadre contractuel. Pour autant, la récente consécration dans le Code civil de la sanction des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans les contrats d'adhésion⁴⁹¹ pourrait faire jouer à l'équilibre contractuel un rôle plus important en droit commun, sans pour autant que ce rôle puisse aller jusqu'à la sanction de pratiques, puisqu'il s'agit d'appréhender des clauses qui déséquilibrent les droits et obligations des parties, et non des pratiques qui ont cet effet. La notion d'équilibre contractuel n'a en conséquence été consacrée, s'agissant des pratiques, que dans le droit spécial, ce qui ne semble pas être le cas de la proportionnalité.

b. La proportionnalité contractuelle.

109. Notion de proportionnalité en droit des contrats. La notion de proportionnalité appliquée au droit des contrats n'est pas plus définie dans la loi que celle d'équilibre contractuel. Le terme de proportionnalité recèle l'idée d'un « rapport entre deux quantités »⁴⁹², d'un « juste rapport entre une chose et une autre »⁴⁹³, d'un « rapport des parties entre elles et avec leur tout »⁴⁹⁴. De prime abord, la notion de proportionnalité ne paraît pas être une notion juridique. La proportionnalité se distingue de l'équilibre contractuel. Elle est vue comme un « instrument au service de l'équilibre contractuel, un outil pour apprécier l'équilibre, qui met en relation plusieurs éléments »⁴⁹⁵. Il s'agit d'une autre manière de définir l'équilibre, comme un respect des proportions, qui revient à « instituer la proportionnalité des termes contractuels »⁴⁹⁶. Dans une optique générale, le contrôle de la proportionnalité peut être vu comme un « instrument indispensable à l'intégration du contrat dans l'intérêt général »⁴⁹⁷. Il permet alors de vérifier que le contrat « respecte la hiérarchie des intérêts »⁴⁹⁸. Il contribue à tracer une « limite » nouvelle, et de « valider » certains contrats⁴⁹⁹. Certaines branches du droit

⁴⁹¹ Art. 1171 C. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

⁴⁹² E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « proportionnalité ».

⁴⁹³ *Idem*, V° « proportionner ».

⁴⁹⁴ *Idem*, V° « proportion ».

⁴⁹⁵ S. Le Gac-Pech : *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. Muir-Watt, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 335, 2000, p. 6, n°7.

⁴⁹⁶ *Idem*, n°51.

⁴⁹⁷ M. Mekki : *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 411, 2004, n°715.

⁴⁹⁸ *Idem*, n°713.

⁴⁹⁹ *Idem*, n°1046-1047, où le critère de la proportionnalité est analysé comme un moyen « d'encadrement plus flexible des prérogatives contractuelles », mais aussi comme un moyen de « valider un contrat portant une atteinte proportionnée à une liberté fondamentale », ou encore de permettre des « contrats qui contribuent au bon fonctionnement économique, au lieu d'une interdiction pure et simple ».

consacrent un principe de proportionnalité⁵⁰⁰, et a pu se poser, dans une vision plus pragmatique, la question de sa consécration en droit des contrats⁵⁰¹. Il s'agit alors d'instiller dans les rapports conventionnels une « idée de juste mesure »⁵⁰², et de sanctionner la « disproportion manifeste des engagements ou des comportements des parties »⁵⁰³. Un tel principe de proportionnalité pourrait s'imposer comme un moyen d'appréhension des mauvaises pratiques, se traduisant par des comportements disproportionnés d'une partie au contrat.

110. Le principe de proportionnalité en droit des contrats comme moyen de sanction des pratiques. Le principe de proportionnalité a parfois été consacré en droit privé, comme par exemple en matière de cautionnement⁵⁰⁴. Cependant, l'exigence de proportionnalité dans ce domaine ne s'applique pas à la sanction de pratiques mises en œuvre dans un cadre contractuel. Il s'agit d'atteindre les créanciers qui se garantissent de manière disproportionnée. En l'absence de consécration du principe s'agissant de pratiques à sanctionner, il est possible d'imaginer que le principe de proportionnalité, en tant que garant de la juste mesure dans les contrats, puisse s'appliquer à la sanction de comportements disproportionnés d'une des parties. La doctrine se divise sur une telle consécration du principe, de manière générale, en droit des contrats⁵⁰⁵, alors que les applications demeurent mesurées, surtout au stade de l'exécution⁵⁰⁶. Il semble que la question ait moins d'actualité aujourd'hui. En effet, le droit spécial est venu palier le droit commun et permet d'aboutir à une exigence de proportionnalité pour les contrats dans lesquels la question pouvait se poser. Il en va ainsi par exemple des contrats de travail,

⁵⁰⁰ Il en va ainsi par ex. du droit administratif, du droit européen, du droit pénal, et du domaine des libertés fondamentales. Sur ces points, v. M. Béhar-Touchais : « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, dir. M. Béhar-Touchais, 1998, P. Aff., 30 sept. 1998, n°117, p. 3.

⁵⁰¹ V. le colloque *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, dir. M. Béhar-Touchais, précité.

⁵⁰² M. Béhar-Touchais : « Rapport introductif », précité, n°12 ; V. aussi : A.- S. Lavefve-Laborde : *La pérennité contractuelle*, thèse. Préf. C. Thibierge, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 447, 2005, n°586.

⁵⁰³ *Idem*, n°24.

⁵⁰⁴ Après une intervention de la Cour de cassation pour consacrer l'exigence de proportionnalité en matière de cautionnement (Cass. com., 17 juin 1997, n°95-14.105, Bull. civ. IV, n°188), la loi consomériste prévoit, depuis 2003, l'impossibilité pour un créancier professionnel de se prévaloir d'un cautionnement disproportionné aux biens et revenus du consommateur (art. L.341-4 C. conso.).

⁵⁰⁵ V. En défaveur de la consécration : D. Mazeaud : « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, dir. M. Béhar-Touchais, 1998, P. Aff., 30 sept. 1998, n°117, p. 12, n°5 et s ; N. Molfessis : « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in colloque précité, p. Aff., 30 sept. 1998, n°117, p.21, où l'auteur n'ignorait pas les atouts d'un tel principe (n°18 et s), estime qu'il « mettrait le contrat en danger » (n°26). *Contra*, En faveur de la consécration : S. Le Gac-Pech : *La proportionnalité en droit privé des contrats*, th. précitée ; Montrant qu'il peut s'agir d'un moyen de maintien d'un équilibre raisonnable du contrat, ce qui tend à favoriser sa pérennité : A.- S. Lavefve-Laborde : th. précitée, n°590 et 594.

⁵⁰⁶ A.- S. Lavefve-Laborde : th. précitée, n°592-595.

des contrats de consommation, ou encore des contrats conclus entre professionnels, qui sont soumis aux dispositions concernant les pratiques restrictives de concurrence.

111. Le droit spécial, terrain de prédilection des notions d'équilibre et de proportionnalité. Les notions d'équilibre contractuel ou le principe de proportionnalité ne sont pas, de manière générale, consacrés en droit commun. En revanche, des dispositions de droit spécial semblent s'en inspirer⁵⁰⁷. Il ne paraît pas possible d'en déduire que le droit des contrats, se fondant sur ces notions, sanctionne de mauvaises pratiques de contractants. L'apport de ces notions dans le domaine de la sanction de pratiques demeure faible, d'autant qu'elles paraissent se superposer à d'autres notions comme la bonne foi dans l'exécution des contrats, dont l'apport se trouve, en la matière, plus conséquent.

112. Conclusion du paragraphe. Les pratiques, en tant que faits juridiques, ou comportements, peuvent, si elles s'analysent en de mauvaises pratiques, être sanctionnées sur le fondement du droit commun. La définition même des pratiques comme des faits juridiques fait immédiatement songer au droit de la responsabilité civile délictuelle. C'est ainsi que certaines pratiques sont appréhendées sur ce fondement par la construction prétorienne de la concurrence déloyale. N'en demeurant pas moins faits juridiques, les comportements peuvent également être ceux de contractants. Il s'agit alors d'appliquer le droit des contrats, qui comprend des fondements à même de sanctionner des pratiques, comme l'abus, la bonne foi et les devoirs de coopération et de loyauté qui y sont attachés, mais aussi les notions d'équilibre et de proportionnalité. De l'ensemble de ces fondements, la bonne foi semble être la mieux à même de sanctionner les mauvaises pratiques des contractants qui interviennent au stade de l'exécution du contrat. Pour autant, l'ensemble des mauvaises pratiques ne peut être sanctionné sur ces fondements. C'est la raison pour laquelle le droit spécial, notamment les droits de la consommation et de la concurrence, apparaît comme un moyen efficace de sanction de mauvaises pratiques. L'étude de l'appréhension des pratiques par le droit de la consommation est particulièrement éclairante.

§2 : Les pratiques saisies par le droit de la consommation.

113. Les pratiques saisies entre l'information des consommateurs et la formation des contrats. En droit de la consommation, une attention particulière est apportée à la période précontractuelle, c'est-à-dire celle durant laquelle le professionnel cherche à convaincre le

⁵⁰⁷ Cf. *Infra*, n°116.

consommateur de conclure un contrat⁵⁰⁸. Ainsi, pour schématiser les dispositions concernant cette étape de la relation, le professionnel a une obligation positive, celle de délivrer un certain nombre d'informations⁵⁰⁹ avant la conclusion du contrat, mais aussi une obligation négative, celle de s'abstenir de certaines pratiques commerciales⁵¹⁰. Le droit de la consommation comprend une série de dispositions visant expressément un certain nombre de pratiques, prohibées ou réglementées (A). Il ressort de l'étude de ce domaine une stricte distinction des pratiques et des clauses des contrats de consommation (B).

A. Le traitement des pratiques par le droit de la consommation.

114. La classification des pratiques par le droit de la consommation. Le Code de la consommation comprend, dans son Livre 1^{er}, un Titre II, consacré aux « pratiques commerciales interdites et réglementées ». Un certain nombre de pratiques commerciales sont réglementées⁵¹¹ tandis que d'autres sont qualifiées de « pratiques commerciales interdites »⁵¹². La directive de 2005⁵¹³ ne retient, quant à elle, que l'appellation de « pratique commerciale déloyale »⁵¹⁴. Il convient, dès lors, de distinguer entre les pratiques commerciales qui sont réglementées, qu'elles soient autorisées ou non (1), et les pratiques commerciales qui sont déloyales (2).

1. Les pratiques commerciales réglementées.

115. Pratiques autorisées et pratiques interdites. Par la réglementation de certaines pratiques commerciales, le Code de la consommation sanctionne celles de ces pratiques qui ne respectent pas les conditions légales. La loi dresse également la liste des pratiques qui sont

⁵⁰⁸ Art. préliminaire C. conso. : « Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

⁵⁰⁹ Art. L. 111-1 et s. C. conso. (numérotation inchangée par l'ord. n°2016-301) pour le Chapitre consacré à « l'obligation générale d'information précontractuelle » ; L. 221-5 et s. C. Conso. (avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-17) pour les informations supplémentaires à délivrer en cas de contrat conclu à distance. Plus, généralement, le Titre 1^{er} du Livre I du Code de la consommation est consacré à « l'information des consommateurs ».

⁵¹⁰ Après un titre 1^{er} consacré à « l'information des consommateurs », le Livre I du Code de la consommation comprend un titre 2 consacré aux « pratiques commerciales interdites et pratiques commerciales réglementées ».

⁵¹¹ V. : art. L. 122-1 et s. C. conso.

⁵¹² V. : Chapitre 1 du Titre II du Code de la consommation.

⁵¹³ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, ci-après dénommée « directive de 2005 » ; sur celle-ci : G. Raymond : « Incidences possibles de la transposition de la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation », CCC, 2006, Etude 1.

⁵¹⁴ Art. L. 121-1 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 120-1 C. conso.).

prohibées⁵¹⁵. Les pratiques commerciales réglementées sont des pratiques que les professionnels peuvent mettre en place pour inciter le consommateur à conclure un contrat de vente ou de prestation de service. Parmi ces pratiques, le professionnel peut par exemple recourir à la publicité comparative⁵¹⁶, ou à des offres proposées par voie électronique⁵¹⁷. La mise en place de ces pratiques commerciales nécessite néanmoins le respect d'un certain nombre de conditions⁵¹⁸. Le non-respect de ces conditions peut conduire à des sanctions pénales, parmi lesquelles une peine d'emprisonnement, une amende⁵¹⁹. Le Code vise également comme « pratique commerciale réglementée » l'usage de l'appellation de boulanger⁵²⁰, l'usage du terme « fait maison » dans les restaurants⁵²¹, et, jusqu'à récemment, un certain nombre de contrats⁵²². La définition du contenu et des conditions de certains contrats via la réglementation sur les pratiques commerciales réglementées pouvait apparaître surprenante. En effet, alors que Code visait des pratiques pour les sanctionner au cours d'une phase précontractuelle, ces dispositions conduisaient à sanctionner des pratiques au sein même de certains contrats. L'ordonnance du 14 mars 2016 a, sur ce point, modifié la physionomie du

⁵¹⁵ V. les dispositions des art. L. 121-8 et s. C. conso (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 122-1 et s. C. conso.), et parmi ces pratiques, par ex. l'abus de faiblesse, le refus ou la subordination de vente, la vente sans commande préalable, le paiement supplémentaire sans consentement exprès du consommateur.

⁵¹⁶ Art. L. 122-1 à L. 122-7 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-8 à L. 121-14 C. conso. ; Directive 2006/114/CE du 12 déc. 2006 en matière de publicité trompeuse et comparative.

⁵¹⁷ Art. L. 122-8 à L. 122-10 C. conso.

⁵¹⁸ V. pour la publicité comparative, les conditions mentionnées à l'art. L. 122-1 C. conso. : la publicité ne doit pas être trompeuse ou de nature à induire en erreur, doit porter sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif, et doit comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques du produit qui sont essentielles, pertinente, vérifiables et représentatives. L'art. L. 122-2 ajoute que la publicité comparative ne doit pas tirer indûment profit de la notoriété du concurrent, ne doit pas le dénigrer ou engendrer de confusion, et ne doit pas présenter des biens ou services comme des imitations de biens ou services bénéficiant d'une marque protégée. En matière de démarchage téléphonique, le professionnel ne peut démarcher un consommateur qui s'y est opposé (art. L. 223-1 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-34 C. conso.), et ne peut utiliser de numéro masqué pour contacter le consommateur (art. L. 221-17 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-34-2 C. conso.).

⁵¹⁹ Certaines dispositions renvoient, concernant les sanctions, à celles qui sont prévues s'agissant des pratiques commerciales trompeuses, v., en matière de publicité comparative, art. L. 132-25 qui renvoie à l'art. L. 132-2 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-6 C. conso. ; D'autres pratiques sont sanctionnées de manière spécifiques, comme par ex. l'envoi d'offres promotionnelles par voie électronique sans respecter les obligations prévues, sanctionné par l'art. L. 132-26 par une amende administrative ; D'autres encore sont des pratiques sanctionnées dans la partie du Code relative aux contrats, V., concernant le démarchage téléphonique, art. L. 242-16 C. conso., Cf. avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, lorsque cette pratique était mentionnée au titre des pratiques commerciales réglementées : anc. art. L. 121-34-1.

⁵²⁰ Art. L. 122-17 et s. C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-80 et s. C. conso. ; Il est prévu que seuls les professionnels qui assurent le pétrissage de la pâte, sa fermentation et sa mise en forme ainsi que la cuisson du pain sur le lieu de vente au consommateur final peuvent se prévaloir de l'appellation « boulanger », et l'enseigne commerciale « boulangerie ».

⁵²¹ Art. L. 122-19 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-82-1 et s. C. conso.

⁵²² Etaient, avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, mentionnés dans les art. L. 121-83 à L. 121-105 C. conso. les contrats de services de communication électroniques, les contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel, les contrats de transports de déménagement, les contrats d'achats de métaux précieux, ainsi que les contrats de transports hors déménagement.

Code de la consommation, en prenant soin de classer au sein d'un Livre II consacré à la « formation et à l'exécution des contrats »⁵²³, les règles relatives à certains contrats qui étaient auparavant classées au sein des pratiques commerciales. Désormais, le Code de la consommation ne semble donc plus confondre entre les pratiques commerciales qui peuvent être appréhendées lors d'une phase précontractuelle, et les règles spécifiques à certains contrats, qui sont édictées pour une application lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat. Pour autant, la question est de savoir si cette classification ne reproduit pas, en l'inversant, l'écueil qui existait jusqu'alors. Alors qu'avant l'entrée en vigueur de ce texte, certaines pratiques étaient appréhendées par le Code au sein même de contrats conclus, désormais, les dispositions relatives à ces contrats peuvent être vues comme permettant l'appréhension de pratiques, parfois même de pratiques qui sont mises en œuvre avant la conclusion de tout contrat⁵²⁴, et sans nécessairement respecter la conformité aux dispositions de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales⁵²⁵ qui, d'harmonisation maximale, ne permet la sanction de pratique que lorsque celles-ci sont déloyales, de sorte qu'il ne devrait être possible de sanctionner le démarchage téléphonique que dans les conditions de la directive. En matière de pratiques commerciales déloyales, sont en effet atteintes des pratiques mises en œuvre avant la conclusion d'un contrat entre le professionnel et le consommateur.

2. Les pratiques commerciales déloyales.

116. Pratiques commerciales déloyales. En matière de pratiques commerciales déloyales, la réglementation est différente. Les règles édictées par la directive du 11 mai 2005 sont d'harmonisation maximale. La définition et les pratiques visées par le texte européen se retrouvent ainsi dans le Code de la consommation. Toute pratique peut *a priori* être qualifiée de pratique commerciale déloyale, si elle entre dans la définition légale, c'est-à-dire lorsqu'elle « est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un

⁵²³ Dans sa version postérieure à l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, Livre II du C. conso, art. L. 221-1 et s.

⁵²⁴ V. par ex. les règles relatives au démarchage téléphonique, qui s'apparente à une pratique mise en œuvre lors du contact avec le consommateur, mais non nécessairement comme une pratique exclusivement mise en place à l'occasion de la formation ou de l'exécution d'un contrat (art. L. 221-16 C. conso.).

⁵²⁵ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

service »⁵²⁶. La lecture de cette définition permet de déduire que la pratique est mise en place dans le but de modifier le comportement du consommateur, c'est-à-dire avant que celui-ci n'ait conclu de contrat avec un professionnel. La directive de 2005 définit le terme « pratique commerciale ». Il s'agit de « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit au consommateur »⁵²⁷. La définition de « pratique » est particulièrement large dans ce texte qui, d'harmonisation totale, suppose qu'une définition identique soit appliquée dans l'ensemble des états membres de l'Union européenne⁵²⁸, empêchant des réglementations plus strictes, même dans un sens semblant plus favorable au consommateur⁵²⁹. La définition est celle d'une pratique, retenue comme fait juridique, ou comportement d'un professionnel vis-à-vis d'un consommateur. La

⁵²⁶ Art. L. 121-1 C. conso (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, art. L. 120-1 C. conso.), reprenant l'art. 5 de la directive du 11 mai 2005 : « Une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ».

⁵²⁷ Art. 2, d) de la directive du 11 mai 2005.

⁵²⁸ CJUE, 23 avril 2009, aff. C-261/07 *VTB-VAB NV c. Total Belgium NV*, et aff. C-299/07 *Galatea BVBA contre Sanoma Magazines Belgium NV*, aff. Jointes, Recueil I-02949, spéc. n°51-52 ; D. 2009 p. 1273, note E. Petit ; RTD Com., 2009, p. 607, note B. Bouloc ; Gaz. Pal., 11 fév. 2010, n°41, p. 19, Chr. droit de la consommation, spéc. p. 25, note S. Piedelièvre ; CCC, 2009, comm. 183, note sous arr. G. Raymond ; RDC, 2009, n°4, p. 1458, note C. Aubert de Vincelles ; RDC, 2010, n°1, p. 18, note J. Rochfeld ; CJUE, 14 janv. 2010, aff. C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV contre Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, Recueil I-00217, n°41 ; D. 2010, p. 258, note sous arr. E. Chevrier ; Europe, 2010, comm. 120, note M. Meister ; CCC, 2010, alerte 22, note M. Razavi et A.-L. Falkman ; CCC, 2010, comm. 84, note sous arr. G. Raymond ; RLDA, avril 2010, n°48, p. 37, note J.-C. Grall et E. Camilleri ; Gaz. Pal., 14 avril 2010, p. 21, note A. Pezé in Chr. « Droit de la publicité » ; CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, *Mediaprint Zeitung – und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG c. Osterreich – Zeitungsverlag GmbH*, Recueil, I-10909, n°27 ; RTD Eur., 2011, p. 630, note C. Aubert de Vincelles ; D., 2011, p. 974, note N. Sauphanor-Brouillaud in Chr. « Droit de la consommation, février 2010-février 2011 » ; Europe, 2011, comm. 30, note L. Idot ; RDC, 2011, n°2, p. 397, note J. Rochfeld ; *ibidem*, p. 497, note C. Aubert de Vincelles ; Gaz. Pal., 10 mars 2011, n°69, p. 17, note S. Piedelièvre, in Chr. « Droit de la consommation » ; 21 avril 2011, n°111, p. 23, note A. Pezé, in Chr. « droit de la publicité » ; *Adde*, pour une analyse de ces arrêts, J. Stuyck : « Jurisprudence de la Cour de justice concernant la directive pratiques commerciales déloyales », in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, évolution et perspectives*, Colloque, Lille, 2010, dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2012, p. 13-26, spéc. p. 15-17.

⁵²⁹ Cf. note précédente. V. par ex. pour un arrêt rendu quelques semaines après la jurisprudence de la CJUE, en France, et constatant l'incompatibilité d'un texte législatif français avec la directive du 11 mai 2005 : CA Paris, pôle 5, ch. 5, 14 mai 2009, n°09/03660, SA France Telecom et SA Orange Sports contre SAS Free et autres ; D., 2009, p. 1475, note E. Petit ; CCC, 2010, comm. 85, note sous arr. G. Raymond ; RDC, 2010, n°1, p. 18, note J. Rochfeld ; Gaz. Pal., 15 octobre 2009, n°288, p. 25, note S. Prieur ; Gaz. Pal., 14 avril 2010, p. 23, note A. Pezé ; V. aussi P. Stoffel-Munck : « L'infraction de vente liée à la dérive... Observations sur les malfaçons du droit de la consommation », Etude, JCP G, 2009, 84 ; M. Chagny : « De l'assouplissement du régime des offres liées à l'avènement d'un droit du marché ? », Etude, D., 2009, p. 2561. Le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel a été rejeté par la Cour de cassation : Cass. com., 13 juil. 2010, n°09-15.304, Bull. civ., IV, n°127, D., 2010, p. 1934 ; sur des faits similaires de vente liée et dans le même sens, Cass., 1^{ère} civ., 15 nov. 2010, n°09-11.161, Bull. civ., I, n°232, D., 2010, p. 2765, note X. Delpech ; JCP E, 2010, 2135, note sous arr. N. Dupont ; CCC, 2011, comm. 9, note sous arr. M. Malaurie-Vignal. *Adde*, dans le même sens, TGI Bobigny, 15 mai 2009, UFC Que Choisir contre Auchan France, où le jugement précise que les dispositions de l'article L.122-1 du Code de la consommation sont à la directive 2005/29/CE, refusant d'en faire application.

directive précise qu'elle comprend la publicité mais elle permet *in fine* d'atteindre toute pratique mise en place par un professionnel dans le but de conclure un contrat avec un consommateur, mais aussi mis en place juste avant la conclusion de ce contrat. La directive, comme le Code de la consommation, précisent, sans toutefois se limiter à ces catégories, que ces pratiques peuvent être des pratiques commerciales trompeuses ou des pratiques commerciales agressives.

117. Pratiques commerciales trompeuses. La directive de 2005 précise que « sont déloyales les pratiques commerciales qui sont trompeuses »⁵³⁰. Le texte européen précise qu'une pratique commerciale est trompeuse si elle contient des informations fausses ou de nature à induire en erreur sur un certain nombre d'aspects et que ces informations « amènent le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »⁵³¹. Constitue également une pratique commerciale trompeuse une publicité comparative qui crée une confusion avec un autre produit, une marque ou un nom commercial, ainsi que le fait de ne pas respecter un code de conduite auquel le professionnel s'est engagé à être lié⁵³². La directive prévoit également un certain nombre d'omission trompeuses, notamment le fait d'omettre « une information substantielle dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause, et par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »⁵³³. La directive assimile à cette omission l'information délivrée de façon peu claire, ambiguë, inintelligible⁵³⁴, et précise les « informations substantielles » en cas d'invitation à l'achat⁵³⁵. Les pratiques commerciales trompeuses s'analysent ainsi en la délivrance au consommateur d'informations fausses, dans le but de conclure avec lui un contrat d'achat de produit ou de prestation de services, alors que, si l'information fautive n'avait pas été donnée, il n'aurait pas contracté. Ces pratiques commerciales déloyales se situent en conséquence en dehors de tout lien contractuel entre le consommateur et le professionnel, puisqu'il s'agit de l'établissement de ce lien. La directive prévoit en outre une liste de vingt-trois pratiques qui sont réputées

⁵³⁰ Art. 5.4 de la directive 2005/29/CE ; Ce texte est transposé à l'art. L. 121-1 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 120-1 C. conso.

⁵³¹ Art. 6.1 de la directive 2005/29/CE ; Parmi les aspects visés, « l'existence ou la nature du produit », « les caractéristiques principales du produit », « l'étendue des engagements du professionnel », « le prix ». V. aussi le texte de transposition, art. L. 121-2 et s. C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L.121-1 C. conso.).

⁵³² Art. 6.2 de la directive 2005/29/CE.

⁵³³ Art. 7.1 de la directive 2005/29/CE.

⁵³⁴ Art. 7.2 de la directive 2005/29/CE.

⁵³⁵ Art. 7.4 de la directive 2005/29/CE.

déloyales en toutes circonstances, de la même manière qu'elle prévoit une liste de pratiques commerciales agressives⁵³⁶.

118. Pratiques commerciales agressives. La directive de 2005 précise que « sont déloyales les pratiques commerciales qui sont agressives »⁵³⁷. Selon le texte, une pratique commerciale agressive est celle qui « altère ou est susceptible d'altérer la liberté de choix ou de conduite du consommateur », du fait de « harcèlement, contrainte, recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée »⁵³⁸. Une liste de huit pratiques commerciales agressives figure dans l'Annexe de la directive⁵³⁹. Ces pratiques commerciales agressives consistent, pour obtenir le consentement du consommateur, à la mise en place de procédés ayant recours à la violence, ou au harcèlement. La directive précise, s'agissant de ces pratiques, le moment où elles sont mises en œuvre, la période précédant la conclusion d'un contrat entre un professionnel et un consommateur. Ces pratiques commerciales se situent donc, tout comme les pratiques commerciales trompeuses, en dehors de tout lien contractuel entre le professionnel et le consommateur, puisqu'il s'agit de convaincre, par une pratique interdite, le consommateur de conclure un contrat. Les pratiques commerciales trompeuses et agressives font l'objet d'une définition précise mais ne sont pas les seules pratiques qui peuvent être considérées comme déloyales.

119. Caractère non-limitatif de la liste. Les pratiques commerciales trompeuses et agressives qui sont visées par l'Annexe de la directive constituent des « pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances »⁵⁴⁰. Il s'agit d'une présomption irréfragable. Cette liste dressée par le texte européen n'empêche pas un consommateur de démontrer en justice le caractère déloyal d'une pratique commerciale qui n'y figurerait pas. Pour autant, en raison du caractère d'harmonisation maximale de la directive, les états membres ne peuvent prévoir une législation différente, qu'elle soit dans un sens moins favorable ou même plus favorable au consommateur⁵⁴¹. Ainsi, il a été jugé qu'ils ne peuvent interdire de manière générale une pratique commerciale déloyale qui ne figure pas parmi les pratiques visées dans

⁵³⁶ Annexe I de la directive 2005/29/CE : Pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances, points 1 à 23.

⁵³⁷ Art. 5.4 de la directive 2005/29/CE, pour la transposition, art. L. 121-6 et s. C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 122-11 C. conso.).

⁵³⁸ Art. 8 de la directive 2005/29/CE.

⁵³⁹ Annexe 1 de la directive 2005/29/CE: Pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances, points 24 à 31, v. pour la transposition, art. L. 121-7 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, art. L. 122-11-1 C. conso.).

⁵⁴⁰ Art. 5.5 de la directive 2005/29/CE, des précisions figurant à l'article 9.

⁵⁴¹ Cf. la jurisprudence mentionnée *infra*, n°116 où la CJUE a eu l'occasion d'exprimer à plusieurs reprises cette position face à des législations d'états membres incompatibles avec la directive.

l'Annexe de la directive⁵⁴². Ces pratiques pourront être interdites, mais seulement au cas par cas, s'il est démontré qu'elles constituent des pratiques commerciales déloyales, au sens de la définition de la directive⁵⁴³. Deux conditions cumulatives de la pratique considérée comme déloyale doivent alors être démontrées. D'une part, la pratique doit être contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et d'autre part, elle doit altérer ou être susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur par rapport au produit⁵⁴⁴. Pour résumer la législation relative aux pratiques commerciales déloyales, il apparaît que celle-ci soit structurée autour d'un texte général et d'une liste d'exemples, constituée des pratiques commerciales trompeuses et des pratiques commerciales agressives. Ces deux catégories de pratiques constituent des pratiques commerciales déloyales, mais le texte général peut trouver à s'appliquer à des pratiques qui ne sont pas visées expressément. Cependant, que la pratique soit agressive, trompeuse ou déloyale, elle doit toujours avoir été mise en place dans le but d'influencer le choix du consommateur, de sorte que le droit de la consommation situe les pratiques au stade précontractuel, distinguant nettement entre ces pratiques et les clauses qu'il atteint par ailleurs.

B. La distinction des clauses et des pratiques en droit de la consommation.

120. La netteté de la distinction. En droit commun, la distinction des clauses et des pratiques s'assimile à la distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques. Le droit de la consommation reprend la même distinction en séparant nettement deux périodes

⁵⁴² *Ibidem*, V. en particulier, la jurisprudence relative à l'ancienne prohibition générale des ventes liées et des loteries publicitaires, considérée comme contraires à la directive de 2005, alors qu'elle peut être considérée comme allant dans un sens plus favorable au consommateur.

⁵⁴³ Sur ce point, la jurisprudence relative à la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés est riche d'enseignements. Il a été considéré qu'il était impossible d'atteindre cette pratique sur le fondement de la vente liée en raison de la contrariété de cette législation avec la directive de 2005 (Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2010, n°09-11.161, précité). Pour autant, cette vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés pouvait être atteinte sur le fondement des pratiques commerciales déloyales. Il a ainsi été considéré que la présence et le prix de logiciels préinstallés devaient faire l'objet d'une information au consommateur en raison du fait que cette information revêt un caractère essentiel, et qu'elle est susceptible d'influer sur l'acte d'achat. V. en ce sens : Cass. civ., 1^{ère}, 6 oct. 2011, n°10-10.800, Bull. civ., I, n°160, JCP, G. 2011, 1119 ; D. 2011, p. 2464, note X. Delpech ; JCP, E, 2011, 1787, note sous arr. E. Bazin ; CCC, 2012, comm. 31, note sous arr. G. Raymond ; Gaz. Pal., 23 fév. 2012, n°54, p. 19, note S. Piedelièvre, *in Chr.* « droit de la consommation » ; RDC, 2012, n°3, p. 941, note sous arr. R. Ollard ; V. pour une pratique similaire pour laquelle il n'est pas prouvé qu'il s'agit d'une pratique commerciale déloyale, puisque le client a la possibilité de se procurer l'objet sans logiciel : Cass. civ., 1^{ère}, 12 juil. 2012, n°11-18.807, Bull. civ., I, n°170, JCP G, 2012, 1499 ; D. 2012, p. 1951, note X. Delpech ; JCP, E, 2012, 1531, note sous arr. E. Bazin ; CCC, 2012, comm. 268, note sous arr. G. Raymond ; CCE, 2012, comm. 111, note sous arr. G. Loiseau ; RLDA, nov. 2012, n°76, p.34, note A. Bascoulergue ; P. Aff., 17 août 2012, n°165, p. 14, note sous arr. V. Legrand ; Gaz. Pal., 30 août 2012, n°243, p. 5, avis C. Petit, note sous arr. G. Poissonnier ; Gaz. Pal., 6 sept. 2012, n°250, p. 23, note S. Piedelièvre, *in Chr.* « Droit de la consommation » ; Concurrences, 2012, n°4, p. 104, note R. Mesa ; Cass., civ., 1^{ère}, 5 fév. 2014, n°12-25.748, à paraître au bulletin, D. actualité, 14 fév. 2014, note N. Kilgus ; D. 2014, p. 420 ; JCP, G, 2014, 202 ; P. Aff., 28 fév. 2014, n°43, p. 7, note sous arr. V. Legrand ; JCP, E, 2014, 1146, note sous arr. N. Dupont.

⁵⁴⁴ Art. 5.1 de la directive de 2005, art. L. 121-1 C. conso.

chronologiques, celle qui conduit à la conclusion d'un contrat, et celle qui suit cette conclusion. La distinction est issue de la réglementation européenne⁵⁴⁵. Les pratiques commerciales déloyales font l'objet d'un texte différent des clauses abusives⁵⁴⁶. Le Code de la consommation reprend cette distinction à travers son plan avec un Livre 1^{er} consacré à la phase précontractuelle, et un Livre II consacré à la formation et à l'exécution des contrats. Sont ainsi distinguées les deux périodes, celle, précontractuelle, qui peut être propice aux pratiques qui visent à influencer les choix du consommateur ou à le convaincre de conclure un contrat, et celle de la conclusion et de l'exécution du contrat, qui peut être vue comme induisant des questions différentes d'interprétation, de conformité, ou de clauses qui peuvent être abusives. La distinction semble suivre le cheminement que parcourt le consommateur, avant et après la conclusion d'un contrat d'achat d'un produit ou de prestation de service. Ainsi, pour schématiser, le professionnel doit d'abord l'informer, puis s'abstenir de mettre en place des pratiques commerciales critiquables visant à le faire conclure un engagement alors que, sans la mise en œuvre de ces pratiques, il ne les souscrirait pas. Enfin, à la suite de la conclusion du contrat, le consommateur est notamment protégé contre les clauses abusives. Dans la législation, la distinction entre les clauses et les pratiques en droit de la consommation ne peut laisser place au doute. Pourtant, le droit de la consommation réalise parfois incidemment une assimilation de clauses à des pratiques.

121. Les exceptions à la distinction dans la législation interne. Le droit de l'Union européenne ne semble pas connaître d'exception à la distinction entre les clauses et les pratiques en droit de la consommation. A l'instar de la directive relative aux clauses abusives qui ne mentionne pas de pratiques, la directive relative aux pratiques commerciales déloyales ne mentionne pas de clause, et précise que les pratiques sont mises en œuvre dans le but d'influencer le choix du consommateur et de conclure un contrat⁵⁴⁷. Il n'en va pas forcément de même en droit interne, où certaines dispositions du Code de la consommation relatives à la formation et à l'exécution des contrats peuvent appréhender des pratiques. La distinction connaît ainsi, en quelque sorte, des exceptions. Il faut relever que la récente ordonnance du 14

⁵⁴⁵ Cette distinction, et son origine européenne se trouve d'ailleurs mentionnée dans le Rapport au président de la république relatif à l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation lorsque celui-ci précise que « La phase de l'offre précontractuelle fait désormais l'objet d'un Livre 1^{er} dédié à l'information précontractuelle et aux pratiques commerciales. La phase de conclusion du contrat fait l'objet d'un Livre II consacré à la formation et à l'exécution des contrats, selon le schéma retenu au niveau européen ».

⁵⁴⁶ Respectivement la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, et directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁵⁴⁷ Considérant n°7 de la directive du 11 mai 2005, art. 5.2 b), art. 6.1, art 7.1, art. 8, et pratiques mentionnées à l'Annexe 1.

mars 2016, qui recodifie le Code de la consommation, contribue à limiter ces exceptions et, partant, à renforcer la distinction au niveau interne. Alors qu'avant ce texte, nombre de contrats se trouvaient réglementés en tant que « pratiques commerciales »⁵⁴⁸, désormais, la partie du Code relative à ces pratiques ne contient plus guère de référence à un quelconque contrat. En effet, l'ensemble des dispositions relatives aux contrats ont migré vers le Livre II du Code, consacré à la formation et à l'exécution des contrats⁵⁴⁹. Il est vrai qu'il est plus logique d'appréhender ces contrats particuliers en tant que contrats et non en tant que pratiques commerciales. Pour autant, la migration a pu se réaliser sans prendre garde aux dispositions qui, réglementant les contrats, appréhendent des pratiques. Le basculement a en effet été total, et il est possible de trouver désormais dans la partie relative aux contrats les dispositions relatives au démarchage téléphonique, alors même que cela s'analyse davantage en une pratique⁵⁵⁰, ou même une disposition relative à la publicité en faveur des contrats d'utilisation de bien à temps partagé, alors qu'une telle publicité peut également être aisément qualifiée de pratique⁵⁵¹. Pour autant, la situation se trouve être clarifiée par rapport à la situation antérieure à juillet 2016, où la réglementation relative aux pratiques commerciales allait jusqu'à réglementer le contenu de certains contrats⁵⁵². Les exceptions sont aujourd'hui plus rares, et s'expliquent davantage par l'organisation du Code de la consommation, qui traite du démarchage à l'occasion des contrats conclus à distance⁵⁵³, et de la publicité relative aux contrats d'utilisation de biens à temps partagé à l'occasion de la réglementation de ces contrats particuliers⁵⁵⁴. A ces exceptions peut éventuellement s'ajouter la sanction, par une amende administrative, de la pratique qui consiste à conclure des contrats qui contiennent des clauses qui sont, de manière irréfragables, présumées comme abusives, au sens des textes réglementaires⁵⁵⁵. Pour autant, il s'agit sans aucun doute tout autant d'une pratique que d'une volonté législative de renforcer les sanctions s'agissant des clauses dont tout à chacun peut

⁵⁴⁸ Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, not. : Les contrats de services de communications électroniques (anc. art. L. 121-83 et s.), les contrats de fourniture d'électricité et de gaz (anc. art. L. 121-86 et s.), les contrats de transports de déménagement (anc. art. L. 121-95 et s.), et hors déménagement (anc. art. L. 121-105), les contrats conclus dans les foires et salons (anc. art. L. 121-97 et s.), les contrats d'achat de métaux précieux (anc. art. L. 121-99 et s.).

⁵⁴⁹ V. réglementant les contrats précédemment visés au titre des pratiques commerciales, art. L. 224-1 et s. C. conso., ces règles étant incluses dans un Chapitre, nommé « règles spécifiques à des contrats ayant un objet particulier).

⁵⁵⁰ Cf. art. L. 221-16 et s. concernant le démarchage téléphonique et la prospection commerciale, et art. 223-1 et s. concernant le régime de l'opposition au démarchage téléphonique.

⁵⁵¹ Cf. art. L. 224-71 et s. C. conso.

⁵⁵² Les textes anciens précités réglementaient en effet le contenu de certains contrats, en indiquant des mentions obligatoires (cf. anc. art. L. 121-84-2 et -3 et art. L. 212-89 C. conso).

⁵⁵³ Cf. Chapitre 1^{er} du Titre II C. conso.

⁵⁵⁴ Cf. Section 7 du Chapitre IV du Titre II C. conso.

⁵⁵⁵ Art. L. 241-2 C. conso.

mesurer le caractère abusif, grâce à un texte réglementaire. Ainsi, la dichotomie connaît aujourd'hui peu d'exceptions, et peut être considérée comme appliquant la distinction issue du droit dérivé de l'Union européenne.

122. Conclusion du paragraphe. Le droit de la consommation est un droit qui sanctionne des pratiques. Le droit de l'Union européenne définit plusieurs catégories de pratiques, trompeuses ou agressives, au sein d'un ensemble, les pratiques commerciales déloyales. Le droit interne ajoute les pratiques commerciales réglementées et les pratiques interdites. Pour autant, l'unité de la définition des pratiques n'est pas altérée, il s'agit de faits juridiques, mis en place avant la conclusion d'un contrat, dans le but de convaincre le consommateur de contracter. Mais, cette unité connaît quelques exceptions, et certaines pratiques sont appréhendées au sein des règles relatives aux contrats. Il n'en demeure pas moins que le droit de la consommation apparaît comme reprenant la distinction opérée en droit commun entre les faits juridiques, appréhendés comme des pratiques, et les actes juridiques, appréhendés par des règles spécifiques à certains contrats, et par des règles plus générales, comme celles relatives à l'interdiction des clauses abusives.

123. Conclusion de la section : les pratiques, espèce de fait juridique. En droit commun ou en droit de la consommation, les pratiques apparaissent comme des faits juridiques. Il s'agit des comportements des acteurs juridiques. Ces comportements peuvent avoir lieu en dehors de tout contexte contractuel, comme c'est le cas en matière de concurrence déloyale, sanctionnée sur le fondement de la responsabilité délictuelle, ou en droit de la consommation pour les pratiques commerciales déloyales, qui sont sanctionnées en dehors de tout lien contractuel entre le professionnel et le consommateur. Mais, les pratiques, qui demeurent des comportements, peuvent résulter du comportement d'une partie à un contrat. Le droit des contrats permet de sanctionner des comportements, via l'abus de droit, et la construction jurisprudentielle qui sanctionne l'abus dans la détermination du prix dans les contrats de distribution, via la bonne foi qui apparaît comme une source de devoirs pour les contractants, de coopération, ou de loyauté. Les notions doctrinales d'équilibre contractuel ou de proportionnalité permettent aussi d'aboutir à la sanction de pratiques mises en œuvre par une des parties au contrat. Cependant, le droit des contrats, même à l'issue de l'ordonnance du 10 février 2016⁵⁵⁶, n'emploie jamais le terme « pratique », qui demeure un terme de droit spécial. En l'absence ou en présence d'un contrat, la pratique, en tant que comportement d'un

⁵⁵⁶ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016, précitée.

acteur juridique, demeure un fait juridique qui ne peut se confondre avec l'acte juridique. Le droit commun, comme le droit de la consommation, réalise une nette distinction entre les clauses et les pratiques.

124. Conclusion du chapitre : La distinction des clauses et des pratiques. En considérant la clause comme l'élément d'un contrat, et la pratique comme le comportement d'une personne, la distinction entre les clauses et les pratiques, comme reflet de la distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques, apparaît frappée du sceau de l'évidence. Il n'en allait pas de même s'agissant des pratiques qui sont mises en place dans un contexte contractuel, les comportements des parties au contrat, ou leur comportement pour aboutir à la conclusion du contrat. Mais, la distinction semble transcender ces situations et se retrouver même dans un contexte contractuel. Les pratiques, analysées comme faits juridiques, peuvent être atteintes par des dispositions du droit des contrats. Elles n'en demeurent pas moins des pratiques, et ne sont pas confondues avec les clauses du contrat. Le droit de la consommation relatif aux clauses abusives et aux pratiques commerciales déloyales est fondé sur la distinction, issue du traitement par l'Union européenne de deux moyens de protection du consommateur face au professionnel : les pratiques, pour ce qui amène le consommateur à souscrire un contrat, et les clauses abusives, pour éviter que le contrat ne penche trop en faveur du professionnel. Les pratiques sont souvent mises en place dans un contexte contractuel, que le contrat soit conclu ou sur le point de l'être. Dans les relations entre professionnels, constitue une pratique restrictive de concurrence le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commerciale à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »⁵⁵⁷. Cette pratique s'inscrit nécessairement dans un contexte contractuel, et le texte utilise des termes propres au contrat comme « obligation », ou « parties ». Il pourra même s'agir de clauses, qualifiées alors de pratique restrictive de concurrence. La distinction entre les clauses et les pratiques que le droit commun et le droit de la consommation respectent, se trouve remise en cause en droit commercial. Cette assimilation, réalisée par le droit des pratiques restrictives de concurrence, se retrouve, de manière incidente, dans d'autres branches du droit. Distinguées dans certaines branches du droit, les deux notions se trouvent assimilées par d'autres.

⁵⁵⁷ Art. L.442-6, I, 2° C. com.

125. Annonce. Reflet de la différence entre les actes juridiques et les faits juridiques, les clauses et les pratiques sont distinctes. Pourtant, clauses et pratiques sont parfois assimilées, sanctionnant des clauses via une pratique, ou une pratique via des clauses. Face à la sanction de l'abus dans la détermination du prix en matière de contrats de distribution, la question peut se poser de savoir si est atteinte la clause qui permet la détermination abusive du prix, ou la pratique qui consiste à commettre un abus dans la détermination du prix. La frontière n'est pas toujours nette, et il n'est pas surprenant de recenser des exemples d'assimilations incidentes de clauses et de pratiques (Section 1). Loin de n'être qu'un exemple, le droit des pratiques restrictives de concurrence apparaît comme le domaine de la consécration de l'assimilation des clauses et des pratiques (Section 2).

SECTION 1 : L'ASSIMILATION INCIDENTE DE CLAUSES A DES PRATIQUES.

126. L'assimilation incidente de clauses à des pratiques en droit des pratiques anticoncurrentielles et en droit des contrats. De manière incidente, clauses et pratiques se trouvent assimilées, tant en droit des pratiques anticoncurrentielles qu'en droit des contrats. Le droit des pratiques anticoncurrentielles peut apparaître comme un droit ayant pour objet la sanction de pratiques. Pourtant, il atteint, lorsqu'elles sont incluses dans une pratique, des clauses (§1)¹. Quant au droit des contrats, sa prise en compte des pratiques est plus discrète puisqu'il n'emploie pas le terme. Pour autant, il lui arrive, en sanctionnant des clauses, d'aboutir à la prise en compte de pratiques (§2).

§1 : L'assimilation de clauses à des pratiques en droit des pratiques anticoncurrentielles.

127. La clause, accessoire de la pratique. Le droit des pratiques anticoncurrentielles constitue une branche du droit dont l'objet est la sanction de pratiques. Il sanctionne trois types de pratiques : les ententes, les abus de domination, et les prix abusivement bas. Pour les ententes et les abus de domination, c'est-à-dire les abus de position dominante et les abus d'état de dépendance économique, il est prévu que les « engagements, conventions, clauses

¹ Il faut préciser que l'étude de la sanction de clauses sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles ne doit pas se confondre avec l'étude de la sanction de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, qui, distincte, a été not. entreprise par G. Mallen : *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence. Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, th. préf. L. Arcelin-Lécuyer, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014.

contractuelles » se rapportant à ces pratiques sont nuls². Ce texte conduit à la nullité de clauses qui se rapportent à des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire qu'en tant qu'élément de la pratique, ces clauses suivent le sort de la pratique, y sont assimilées à l'image de l'accessoire qui suit le principal. L'assimilation des clauses aux pratiques est réalisée tant s'agissant des ententes (A) que des abus de domination (B).

A. L'assimilation de clauses à une entente.

128. La notion d'entente anticoncurrentielle. Les ententes anticoncurrentielles désignent « l'accord de volonté explicite ou tacite, la pratique entre entreprises en vue d'exercer une action commune sur le marché (fixer des prix, répartir les marchés, contrôler la production, les débouchés ou les investissements) »³. Les ententes sont à la fois sanctionnées en droit de l'Union européenne et en droit interne. D'abord, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que « sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur »⁴. Le texte précise, dans une liste d'exemples, qu'un certain nombre de clauses peuvent constituer des ententes⁵, puis que les « accords ou décisions interdits sont nuls de plein droit »⁶. Ensuite, le droit interne prévoit que « sont prohibées (...) lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions »⁷. Il est précisé⁸ que la prohibition s'applique notamment lorsque la pratique a

² Art. L. 420-3 C. com. : « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L.420-1 et L.420-2 » ; Sur cette sanction, v. : M. Chagny : « La nullité des contrats conclus en violation des règles communautaires de concurrence », in Colloque : *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Centre d'études européennes de la faculté de droit de l'Université Jean-Moulin Lyon III, dir. C. Nourissat et R. Witterwulge Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 66.

³ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « Entente », sens 4.

⁴ Art. 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le texte se poursuivant par une liste d'exemples, « Notamment ceux qui consistent à (a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, (b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, (c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, (d) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalents en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, (e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

⁵ Ainsi, outre les accords de distribution qui peuvent entrer dans les ententes décrites par les points a à c, les points d et e mentionnent explicitement la conclusion de contrats entre partenaires, et conduisent à sanctionner des clauses.

⁶ Art. 101.2 du Traité.

⁷ Art. L. 420-1 C. com.

⁸ Art. L. 420-1, 1° à 4° C. com.

pour objet de « limiter l'accès au marché », de « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché », de « limiter ou de contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique », et de « répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ». Ces deux textes sanctionnent les ententes entre entreprises. Les exemples légaux permettent de se détacher de la vision simpliste de l'entente anticoncurrentielle qui consiste, pour deux entreprises concurrentes, à s'entendre pour limiter l'accès au marché d'un concurrent, ou pour maintenir un certain niveau de prix. Il ne s'agit que d'une forme d'entente. Une autre forme, celle qui consiste à faire obstacle à la fixation des prix, à la répartition des marchés ou à la limitation des débouchés, peut avoir lieu non pas entre deux concurrents, mais entre deux partenaires commerciaux, comme par exemple un fournisseur et un distributeur dans le cadre d'un contrat de distribution. Sous cette forme, l'entente se matérialisera par une ou plusieurs clauses du contrat de distribution. La sanction de l'entente conduit à la nullité de la clause, en l'assimilant à l'entente.

129. La place des clauses contractuelles au sein des ententes anticoncurrentielles.

S'il est rare qu'un contrat prévoit, entre deux concurrents, la répartition du marché et les prix à pratiquer, un certain nombre de clauses ont été sanctionnées en raison du fait qu'elles participaient d'une entente anticoncurrentielle. Souvent, il s'agit de contrats de distribution dont l'objet est « d'assurer l'écoulement des produits du stade de la production à celui de la consommation »⁹. Le Conseil de la concurrence a estimé que « la détermination des limites au principe général de liberté d'organisation de la distribution se fonde sur le constat qu'un contrat de distribution, s'il constitue bien un accord entre un producteur et ses revendeurs, n'est susceptible de constituer une entente prohibée que dans des conditions précises, et, notamment si certaines clauses de l'accord ou leur mise en œuvre peuvent être qualifiées d'anticoncurrentielles »¹⁰. Il s'ensuit que les juridictions ont parfois validé des clauses dont le caractère d'entente anticoncurrentielle était soulevé mais non démontré, comme pour des clauses de quota¹¹, des clauses de non-réaffiliation¹², des clauses accordant un droit de

⁹ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « Distribution », sens 2 ; *Adde.* V° « Distribution, (contrat de) » : « nom générique, commun aux divers contrats qui, sous couvert du droit de la distribution et de la concurrence, président à l'organisation, en réseau le plus souvent, de la filière des achats et ventes des produits de l'industrie et du commerce, moyennant en général, l'articulation pour chaque type de contrat, d'un contrat-cadre, et de contrats d'application ».

¹⁰ Cons. conc., avis n°04-A-14 du 23 juillet 2004 *relatif à une saisine du Syndicat national de l'équipement de bureau et de l'informatique (SEBI)*, spéc. n°14.

¹¹ Cons. conc., déc. n°05-D-48 du 28 juil. 2005 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société ATA dans le secteur des taximètres*, spéc. n°55 à 61 ; CCC, 2006, comm. 8, note M. Malaurie-Vignal.

¹² Aut. conc., déc. n°11-D-03 du 15 fév. 2011 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais*, spéc. n°97-121.

préemption à une coopérative de distribution¹³, ou des clauses accordant à un franchiseur un droit de préférence¹⁴. Mais, elles ont aussi pu parfois relever le caractère d'entente anticoncurrentielle de clauses incluses dans des contrats de distribution, comme par exemple pour une clause prévoyant un droit de priorité au profit d'un groupe de distribution sans qu'il n'y ait de sa part, de participation financière ou possession des murs ou du fonds de commerce¹⁵, une clause de non-réaffiliation¹⁶, une clause accordant un droit de préemption¹⁷, ou encore une clause imposant des prix¹⁸. Une jurisprudence européenne récente, confirmant le raisonnement suivi par une première décision interne¹⁹, a sanctionné, sur ce fondement, des

¹³ Aut. conc., déc. n°13-D-19 du 29 oct. 2013 *relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Sapec et Weldom dans le secteur du bricolage, des loisirs liés à la maison et de la vente de matériaux de construction et d'éléments d'équipement de l'habitat*, spéc. n°42 s ; CCC, 2014, comm. 6, note M. Malaurie-Vignal.

¹⁴ Aut. conc., déc. n°11-D-20 du 16 déc. 2011 *relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire*, spéc. n°68 à 70, validant le droit de préférence suite à un engagement de Carrefour de limiter le droit de préférence à la durée du contrat ; CA Paris, Pôle 5, ch. 3, 13 juin 2012, n°10/25262 où la Cour estime que « l'expression d'une préférence dans le droit des contrats commerciaux doit au moins être strictement limitée au regard des dispositions relatives à la liberté concurrence et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles, dans la mesure où seule la liberté de choisir son cocontractant est affectée par le pacte et dans la mesure où ce pacte n'oblige pas les parties à conclure le contrat pour lequel la préférence est donnée, le cédant n'étant pas obligé de céder son bien, le bénéficiaire n'étant pas obligé de l'acquérir, le pacte de préférence ne peut être considéré comme une pratique anticoncurrentielle susceptible d'annulation ».

¹⁵ Aut. conc., avis n°10-A-26 du 7 déc. 2010 *relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire*, spéc. n°227, l'Autorité estimant qu'en présence d'un « réel partenariat », c'est-à-dire une « prise de participation correspondant à une véritable aide financière du groupe de distribution, une possession des murs ou du fonds de commerce », le droit de priorité n'est pas anticoncurrentiel.

¹⁶ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 6 mars 2013, n°09/16817 ; CCC, 2013, comm. 113, note M. Malaurie-Vignal ; *Adde*, Aut. conc., avis n°12-A-15 du 9 juil. 2012 *rendu à la Cour d'appel de Paris concernant des litiges opposant les sociétés Carrefour Proximité France et CSF à la société Etablissements Ségurel*, dont la Cour reprend le raisonnement.

¹⁷ Cons. conc., déc. n°95-D-39 du 30 mai 1995 *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location d'emplacements publicitaires destinés à l'affichage de grand format*, enjoignant la suppression des clauses de préférence des contrats critiqués en raison de son caractère de pratique anticoncurrentielle.

¹⁸ Aut. conc., déc. n°11-D-19 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie*, spéc. n°103 à 124 caractérisant une entente verticale fondée sur une clause imposant des prix.

¹⁹ Aff. Pierre Fabre, où la Société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique interdisait à ses distributeurs agréés qui disposent de points de vente physiques avec la présence obligatoire d'un pharmacien, de développer la vente de leurs produits par Internet ; Cons. conc., déc. n°08-D-25 du 29 oct. 2008 *relative à des pratiques mise en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques* : il est considéré que ces clauses participent d'une entente anticoncurrentielle (n°42 et s), car elles participent d'une « limitation des ventes actives et passives des distributeurs (n°58), ce qui implique que « l'interdiction de vente sur internet qui limite les ventes au sein d'un réseau de distribution sélective a nécessairement un objet restrictif de concurrence, qui vient s'ajouter à la limitation de concurrence inhérente au choix même d'un système de distribution sélective par le fabricant qui limite le nombre de distributions habilités à distributeur le produit et empêche les distributeurs de vendre ces biens à des distributions non agréés » (n°59), « il en résulte une restriction de concurrence contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce » (n°84) ; CCC, 2008, comm. 271, note M. Malaurie-Vignal ; RDC, 2009, p. 120, note C. Prieto ; CA Paris, Pôle 5, Ch. 5-7, 29 oct. 2009, n°08/23812 qui sursoit à statuer et pose à la CJCE la question préjudicielle de savoir si « l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 § 1 du Traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le Règlement n°2790/1999 mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 § 3 du Traité CE » ; CCC 2009, comm. 287, note sous arr. M. Malaurie-

clauses de contrats de distribution sélectifs qui interdisaient aux distributeurs la revente des produits sur internet²⁰. Elle a ensuite été appliquée par les juridictions internes²¹. Il apparaît à l'analyse de ces exemples, qu'un même type de clause peut être considéré comme anticoncurrentiel ou non, selon les circonstances de l'espèce et les justifications apportées²². L'appréciation se fait *in concreto* et les clauses sont considérées comme anticoncurrentielles au cas par cas, de sorte que la jurisprudence ne constitue pas une liste de clauses qui seraient toujours analysées dans le même sens²³. Ainsi, pour le cas de la vente en ligne dans le cadre

Vignal ; CCE, 2009, comm. 113, note sous arr., M. Chagny ; JCP E, 2009, act. 571, note C. Vilmart ; RTD com., 2010, p. 81, note E. Claudel ; RLC, 2010, n°22, p. 27-28, note V. Sélinisky.

²⁰ CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, aff. C-439/09, Rec. 2011-I-09419, statuant sur la question préjudicielle. La Cour reformule la question posée en supprimant l'expression « restriction caractérisée de concurrence », en ce que la question « vise à savoir si la clause contractuelle en cause constitue une restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101 §1 TFUE, et si un contrat de distribution sélective contenant une telle clause peut bénéficier de l'exemption par catégorie du règlement 2790/1999, et si cette exemption est inapplicable, si le contrat peut bénéficier de l'exemption légale de l'article 101 §3 » (n°33). Puis, répondant à la première partie de la question, la Cour considère que « une clause contractuelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'Internet pour ces ventes constitue une restriction par objet si, à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de cette clause contractuelle et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, il apparaît que, eu égard aux propriétés des produits en cause, cette clause n'est pas objectivement justifiée » (n°47). La clause ne peut enfin bénéficier de l'exemption (n°59) ; JCP, E, 2011, act. 540 ; JCP E, 2011, 1833, note C. Vilmart ; JCP G, 2011, 1430, note sous arr. D. Ferrier ; déjà, du même auteur : JCP, E, 2011, 1162 ; RLDA, 2011/11, n°65, p.38, note J.-L. Lesquins et L. Ferchiche ; P. Aff., 2011, n°258, p. 6, note P. Arhel *in Chr.* « Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence (octobre 2011) » ; CCC, 2011, comm. 257, note M. Malaurie-Vignal ; CCC, 2011, comm. 263, note G. Decocq ; Europe, 2011, comm. 471, note L. Idot ; RDC, 2012, n°30, p.23, note C. Robin ; RDC 2012, p. 111, note C. Prieto ; CCE, 2012, comm. 4, note M. Chagny ; RDC, 2012, p. 522, note M. Behar-Touchais ; *Adde* : L. Vogel : « La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre », Etude, *in* Dossier : Distribution et droit de la concurrence, JCP, E, 2012, 1182 ; Colloque, EM Lyon Business School et Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon III, 5 juil. 2013 : « Réseaux de distribution et vente en ligne : évolutions jurisprudentielles et questions à venir », dir. C. Nourissat, RLC, 2014/1, n°38, p. 188-229.

²¹ Pour l'arrêt rendu dans l'affaire Pierre Fabre : CA Paris, 31 janv. 2013, n°08/23812 ; JCP, E, 2013, act. 131 ; CCC, 2013, comm. 64, note G. Decocq ; CCC, 2013, comm. 76, note M. Malaurie-Vignal ; CCE, 2013, comm. 78, note M. Chagny ; D. 2013, p. 887, note sous arr. D. Ferrier ; JCP, E, 2013, 1119, note C. Vilmart ; JCP E, 2013, 1133, note G. Amédée-Manesme ; Europe, 2013, comm. 135, note L. Idot ; RLC, 2013/4, n°35, p. 23, note V. Sélinisky ; RDC, 2013, p. 1401, note M. Béhar-Touchais ; *Adde*, P. Lemay : « La remise en cause du modèle traditionnel de la distribution autorisée par la libéralisation de la vente sur l'Internet », Etude, RLDA, 2013/12, n°88, p. 76 ; V. aussi : Aut. conc., 12 déc. 2012, déc. n°12-D-23 *relative aux pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma*, condamnant également l'interdiction de vendre en ligne imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective ; JCP, E, 2013, 1202, note A. Mendoza-Caminade ; La décision de l'Autorité a été confirmée en appel, avec toutefois une diminution de la sanction pécuniaire, CA Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 13 mars 2014, n°2013/00714.

²² Cf. CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, précitée, n°47, où il est précisé que la clause constitue une restriction de concurrence par objet sauf à démontrer qu'elle est objectivement justifiée en raison du contexte juridique ou économique, et eu égard aux propriétés des produits.

²³ V. sur ce point, par ex. Cass. com., 24 sept. 2013, n°12-14.344, à paraître au Bulletin ; D., 2014, p. 192, note sous arr. A. Mendoza-Caminade ; JCP, E, 2013, 1657, note sous arr. C. Vilmart ; CCE, 2013, comm. 117, note V. Pironon ; La Cour de cassation applique la solution précitée de la CJUE à une clause obligeant à la présence d'un pharmacien dans le lieu de vente. Elle considère que le fait d'imposer par une clause contractuelle la présence d'un pharmacien sur le lieu de vente conduit à interdire la vente en ligne. La clause doit donc être considérée comme une restriction de concurrence, et ne permet donc pas à la société Pierre Fabre d'exiger de ses distributeurs la présence d'un pharmacien sur les lieux de la vente. Pourtant, la justification de la formation d'un pharmacien pour la vente des produits en cause ne semble pas à même d'empêcher la vente en ligne des produits, le conseil du

d'une distribution organisée selon les règles de la distribution sélective, le fabricant peut toujours exiger un certain nombre de critères de la part des distributeurs qui souhaitent vendre en ligne comme par exemple la détention d'un point de vente physique ou des critères de qualité. Cependant, la restriction à la distribution qui résulte de ces critères ne doit pas porter atteinte à la concurrence, ou le cas échéant, doit être exemptée, selon les règles de l'exemption par catégorie ou de l'exemption individuelle²⁴. Pour assurer davantage de prévisibilité, l'Union européenne prévoit des règlements d'exemption qui comprennent des dispositions précises relatives aux clauses afin de savoir si elles sont considérées comme relevant d'une pratique anticoncurrentielle ou non.

130. La place des clauses contractuelles dans les règlements d'exemption. Certaines clauses contractuelles peuvent être considérées comme des pratiques anticoncurrentielles, ou y être assimilées, mais les pratiques anticoncurrentielles ne sont sanctionnées que si elles ne sont pas exemptées. La pratique, dont il est prouvé qu'elle est anticoncurrentielle, peut être exemptée sur deux fondements. D'une part, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne permet une exemption individuelle des ententes « qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte »²⁵. D'autre part, des règlements et lignes directrices²⁶ ont été adoptés par la Commission européenne, qui permettent une exemption par catégories d'accords. Cette exemption présente

pharmacien pouvant être délivré, même en cas de vente en ligne. En ce sens, v. cons. conc., déc. n°06-D-28 du 5 oct. 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma*, n°35, qui aboutit à la validation d'une clause selon laquelle, pour pouvoir acheter en ligne les produits, le client doit justifier d'une écoute préalable du produit chez un distributeur agréé, et d'un conseil personnalisé pour l'installation. En effet, la clause qui dans les faits limite la vente en ligne des produits, le l'interdit pas, mais garantit la délivrance du conseil au consommateur ; Gaz. Pal., 27 janv. 2007, n°27, p. 21, note J. Philippe et T. Janssens ; RLC, 2007/1, n°10, p. 14, note V. Sélinisky ; RLDI, 2006/12, n°22, p. 26, note J.-L. Fourgoux.

²⁴ Pour un aperçu de l'ensemble des règles, Aut. conc., avis n°12-A-20 du 18 sept. 2012 *relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique*, spéc. n°321-366 ; Lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/01 de la Commission européenne du 19 mai 2010 ; CCC, 2012, comm. 279, note M. Malaurie-Vignal.

²⁵ Art. 101.3 du Traité, le texte poursuivant en précisant que pour être exempté, l'accord ou la pratique ne doit pas « (a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, (b) donner à des entreprises la possibilité pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ». Le droit interne comprend une disposition similaire à l'article L. 420-4, 2° C. com.

²⁶ Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ; Règlement (UE) n°461/2010 du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur de la distribution automobile ; Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission du 19 avril 2010, 2010/C 130/01 ; Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobile et de distribution de pièces de rechange des véhicules automobiles, Communication de la Commission du 28 avril 2010, 2010/C 138/05 ; Des exemptions peuvent également être prévues en droit interne, par un texte réglementaire, selon l'art. L. 420-4, II C. com.

l'avantage de la prévisibilité, puisque les accords qui respectent les conditions fixées seront automatiquement exemptés, sans avoir à prouver la réunion de plusieurs conditions cumulatives comme en matière d'exemption individuelle. Il s'agit en particulier de préserver certains systèmes de distribution des produits ou de services de la qualification d'entente dont ils pourraient relever. Un règlement²⁷ s'intéresse ainsi aux contrats qui sont conclus dans le cadre d'un réseau de distribution entre un fournisseur et ses distributeurs, et, par conséquent, aux clauses dont sont composés ces contrats. Plus précisément, est indiquée une liste de clauses noires dont la présence dans un accord de distribution verticale suffit à retirer le bénéfice de l'exemption à l'ensemble de l'accord, et, partant, à pouvoir potentiellement le qualifier d'entente anticoncurrentielle. Parmi ces clauses, que le règlement nomme « restrictions caractérisées »²⁸, sont visées celles qui restreignent la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente²⁹, celles qui restreignent le territoire sur lequel un acheteur peut vendre les biens ou services contractuels³⁰, celles qui restreignent les ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants de marché³¹, celles qui restreignent les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur du réseau de distribution sélective³², celles qui restreignent la capacité du fournisseur de composants de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des acheteurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires³³. De même, les clauses de non-concurrence sont soumises, pour être admises dans ces accords, à des conditions précises³⁴. La lecture du règlement d'exemption des accords verticaux montre que les clauses des contrats de

²⁷ Régulièrement révisés, le règlement en vigueur actuellement (jusqu'au 31 mai 2022, art. 10) est le Règlement n°330/2010 précité. Sur ce règlement : M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris : Sirey, coll. Université, 6^{ème} éd., 2014, n°492 ; P. Arhel : *Accords de distribution*, Rép. Dalloz de droit commercial, 2014 ; A. Gurin : « Nouvelles règles relatives aux restrictions verticales », JCP, E, 2011, 1027 ; D. Ferrier : « La distribution sélective dans le cadre du nouveau règlement n°330-2010 », JCP, E, 2011, 1029 ; L. Idot : « Adoption des nouveaux règlements d'exemption en matière de relations verticales », RDC, 2010, p. 1269 ; M. Malaurie-Vignal : « Etude du Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 § 3 à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées », CCC, 2010, étude 9.

²⁸ Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010, art. 4.

²⁹ Règlement n°330/2010, art. 4, a.

³⁰ Règlement n°330/2010, art. 4, b. La clause qui conduit à restreindre le territoire sur lequel l'acheteur peut vendre les biens ou services demeure admise s'il s'agit de (i) « restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés, ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur », (ii) « restreindre les ventes aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste de marché », (iii) « restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributions non-agrées, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système », (iv) « restreindre la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de bien analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur ».

³¹ Règlement n°330/2010, art. 4, c.

³² Règlement n°330/2010, art. 4, d.

³³ Règlement n°330/2010, art. 4, e.

³⁴ Règlement n°330/2010, art. 5 ; Sur ce point, v. : M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris : Sirey, Coll. Université, 2014, n°486.

distribution sont prises en compte, mais peuvent, si elles sont stipulées au mépris de ses dispositions, justifier un retrait de l'exemption à l'accord, mais aussi ouvrir la voie à une procédure d'entente anticoncurrentielle. Dans ces accords de distribution, fondés sur des contrats passés entre un fournisseur et ses distributeurs, les clauses apparaissent ainsi parfois comme révélatrices de la présence d'une pratique anticoncurrentielle.

131. L'assimilation de clauses à des pratiques en droit des ententes anticoncurrentielles. Le droit des ententes conduit à qualifier de pratiques anticoncurrentielles des façons d'agir qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Pourtant, dans le cadre de la sanction des ententes, il est possible de s'apercevoir que sont atteintes des clauses de contrats, notamment de contrats de distribution. Sont ainsi atteintes des clauses accessoires à une entente, mais aussi des clauses qui, dépassant le stade d'accessoire, constituent l'élément principal de l'entente. Enfin, l'étude du règlement d'exemption de 2010 démontre que des clauses contractuelles peuvent être révélatrices d'une entente dans le cadre d'un réseau de distribution vertical. Demeure la question de savoir si des clauses peuvent être révélatrices d'un abus de domination.

B. L'assimilation de clauses à un abus de domination.

132. La double notion d'abus de domination. Le terme d'abus de domination se compose de deux pratiques anticoncurrentielles distinctes, les abus de position dominante d'une part, et les abus de domination économique d'autre part. Ces pratiques ne sont pas légalement définies, de sorte que la définition est d'origine jurisprudentielle. L'abus de position dominante³⁵ désigne une pratique anticoncurrentielle « consistant dans l'utilisation, par une entreprise, de sa position dominante pour se procurer un avantage que le jeu normal de la concurrence ne lui aurait pas permis d'obtenir »³⁶. L'abus de position dominante se compose

³⁵ V. Sur ce point : A.-S. Choné : *Les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Préf. B. TESSYIÉ, Paris : Economica, Coll. Recherches juridiques, 2010, n°235, où l'auteur constate une évolution de la définition de l'abus de position dominante dans la jurisprudence, une conception objective avait été retenue (CJCE, 21 fév. 1973, *Continental Can*, aff. C-6-72), selon laquelle « la pratique était abusive lorsqu'elle aboutissait à renforcer la position dominante de son auteur ». Puis, il a été considéré (CJCE, 13 fév. 1979, *Hoffmann La Roche*, aff. C. 85-76) qu'il s'agit « d'une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli » ; v. aussi : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2004, n°123 ; M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°534-535 ; H. Kenfack, M. Pédamon : *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 3^{ème} éd., 2011, n°552 s.

³⁶ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « Position dominante (abus de) ».

d'un élément objectif mais aussi d'un élément subjectif, le comportement de l'auteur³⁷. L'abus de dépendance économique³⁸ désigne une « pratique anticoncurrentielle qui consiste, pour une entreprise, à soumettre son partenaire obligé à des conditions commerciales, délit considéré comme caractérisé lorsque cette explication trouble le jeu de la concurrence sur le marché »³⁹. Il a été décrit comme un « abus de comportement caractérisant une faute »⁴⁰, il suppose en effet un « écart de conduite »⁴¹, constitué de l'exploitation abusive de la domination et d'une atteinte à la concurrence. Le texte⁴² qui prohibe ces pratiques inclut un certain nombre d'exemples d'abus de position dominante en citant les « ventes liées, les conditions de vente discriminatoires, et la rupture des relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refus de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées »⁴³. Sont également mentionnés des exemples d'abus de dépendance économique, qui peuvent consister en des « refus de vente, ventes liées, pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme »⁴⁴. Une liste d'exemples peut être retrouvée dans le texte de droit de l'Union européenne qui interdit les abus de position dominante sur le marché intérieur⁴⁵. Il mentionne l'imposition de prix d'achat ou de vente, la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs, l'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes, et la subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires qui n'ont pas de lien avec l'objet du contrat⁴⁶. Parmi les exemples cités par les textes, il est possible d'isoler des clauses contractuelles, alors érigées en pratique anticoncurrentielle.

133. La place des clauses au sein des abus de domination. La position dominante comme la dépendance économique ne sont pas sanctionnées en tant que telles. Ce qui permet de qualifier un comportement adopté dans cette position de pratique anticoncurrentielle est l'abus. La lecture des exemples d'abus que donnent les textes conduit à s'apercevoir que certains abus de position dominante seront caractérisés par des clauses contractuelles, comme

³⁷ A.-S. Choné : *op. cit.*, *loc. cit.*, où l'auteur définit ce comportement comme faisant obstacle, par des moyens de concurrence anormaux, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché et au développement de cette concurrence ; M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°532.

³⁸ M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°576, qui décompose la notion en trois éléments, une dépendance économique (n°577), un abus (n°580), et une atteinte à la concurrence (n°581) ; H. Kenfack, M. Pédamon : *op. cit.*, n°559.

³⁹ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « Dépendance économique (abus de) ».

⁴⁰ M. Chagny : *op. cit.*, n°481 et s.

⁴¹ A.-S. Choné : *op. cit.*, n°261.

⁴² Art. L. 420-2 C. com.

⁴³ Art. L. 420-2 al. 1^{er} C. com. ; art.

⁴⁴ Art. L. 420-2 al. 2 C. com.

⁴⁵ Art. 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le texte se limitant à cette forme d'abus de domination et ne mentionnant pas les abus de dépendance économique.

⁴⁶ Art. 102, a) à d).

pour une vente liée, pour l'imposition d'un prix d'achat ou de vente, la subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations sans lien avec son objet ou encore les accords de gamme. En revanche, un certain nombre d'autres exemples, s'ils s'inscrivent toujours dans un contexte contractuel entre une entreprise dominante et un partenaire, ne se matérialiseront pas par des clauses contractuelles, comme les discriminations entre partenaires, les refus de vente, la rupture des relations commerciales, la limitation de la production ou des débouchés. Il s'agit de comportements. Ainsi, il a été démontré s'agissant des abus de domination que leurs « éléments constitutifs sont tantôt de nature concurrentielle, tantôt de nature contractuelle »⁴⁷. Quatre exemples légaux concernent des clauses qui apparaissent comme l'élément révélateur de la pratique anticoncurrentielle. La jurisprudence sanctionne en effet sur ce fondement des clauses impliquant des ventes liées, notamment lorsqu'elles permettent de se fonder sur la position dominante détenue sur un marché pour en construire une sur un marché voisin⁴⁸, mais aussi des clauses imposant un prix d'achat ou de vente⁴⁹. Ces exemples sont mentionnés tant concernant les abus de position dominante que concernant les abus de dépendance économique. La jurisprudence a également atteint comme abus de position dominante la subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations sans lien avec l'objet⁵⁰. Comme abus de dépendance économique, mais aussi comme abus de position

⁴⁷ A.-S. Choné : *th. précitée*, n°274.

⁴⁸ V. par ex. : Cons. conc., déc. n°96-D-12 du 5 mars 1996 *relative aux pratiques mises en œuvre par la société Lilly France dans le secteur des spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux*, spéc. p. 9, où constitue un abus de position dominante une remise qui était accordée sur un médicament breveté en cas d'achat concomitant d'un autre médicament, permettant à l'entreprise de vendre ce dernier à un tarif plus élevé que ses concurrents ; La décision du Conseil a été confirmée par CA Paris, 6 mai 1997, puis par un rejet de Cass. com., 15 juin 1999, n°97-15.185, Bull. civ. IV, n°128 ; CJCE, 14 nov. 1996, *Tetra Pak International SA*, aff. C-333/94, Rec. 1996-I-05951, spéc. n° 34 à 37 ; TPICE, 17 sept. 2007, *Microsoft Corp.*, aff. T-201/04, Rec. 2007-II-03601, spéc. n°43, 814-1229, où l'entreprise a, entre autres, commis un abus de position dominante en subordonnant la fourniture à ses clients du système d'exploitation pour PC à l'acquisition simultanée du logiciel Windows Media Player ; JCP, E, 2007, 2304, note sous arr. M. Debroux ; CCC, 2007, comm. 279, note D. Bosco ; RTD Com. 2007, p. 715, note F. Pollaud-Dulian ; RTD Eur., 2007, p. 720, note sous arr. J. Gstalter ; Gaz. Pal., 22 janv. 2008, n°22, p. 24, note sous arr. D. Marcellesi ; RDC, 2008, p. 811, note C. Prieto ; *Adde* : C. Prieto : « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », D. 2007, p. 2884 ; plus généralement, v. aussi : M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°561 ; A.-S. Choné : *th. précitée*, n°249.

⁴⁹ V. par ex. : Cons. conc., déc. n°99-D-45 du 30 juin 1999 *relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet*, spéc. p. 6, 8, 14 et 25-28, où un fournisseur est condamné pour abus de position dominante en raison de pratiques visant à fixer les tarifs de revente de ses produits au consommateur et à limiter la liberté commerciale des distributeurs des produits ; Cons. conc., déc. n°00-D-85 du 20 mars 2001 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution du chlorate de soude*, spéc. p. 12, 19-20, où le fournisseur est condamné pour exploitation abusive de sa position dominante, notamment pour la mise en place d'un prix public uniforme ; Cons. conc., déc. n°05-D-32 du 22 juin 2005 *relative à des pratiques mise en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution*, spéc. n°51-56, 117-119 et 202, où le fournisseur est condamné pour abus de position dominante en raison de l'imposition à ses distributeurs d'un prix de revente au consommateur ; RLC, 2005/8, n°4, p. 27-29, note P. Arhel ; RDC, 2005, p. 1038, note C. Prieto ; La décision a été confirmée sur ce point par CA Paris, 1^{ère} ch., section H, 4 avr. 2006, n°2005/14057.

⁵⁰ V. par ex. : Cons. conc., déc. n°97-D-71 du 7 oct. 1997, *relative à une saisine présentée par les sociétés Asics France et autres*, spéc. p. 20, 31 où un contrat de parrainage d'un Club de football professionnel avec Adidas contenait une clause selon laquelle « le club s'engage à adresser à la société au plus tard 4 mois avant l'échéance

dominante au niveau de l'Union européenne, les accords de gamme sont enfin prohibés⁵¹. Mais, la liste d'exemples légaux n'est pas limitative, et la jurisprudence a appréhendé d'autres clauses comme éléments d'un abus de position dominante⁵², et a aussi estimé que des clauses contractuelles peuvent caractériser un abus de dépendance économique⁵³. Enfin, il a été considéré, pour rappeler que la jurisprudence qui sanctionne des clauses contractuelles sur le fondement des abus de domination ne constitue pas une liste de clauses interdites *per se*, qu'une clause, même non objectivement justifiée, n'est pas prohibée « en l'absence d'objet et d'effet anticoncurrentiel »⁵⁴.

du contrat, une copie des propositions des sociétés concurrentes à la société », clause considérée comme un abus de position dominante ; Cons. conc., déc. précitée n°99-D-45 du 30 juin 1999, spéc. p. 26, où sont condamnées pour abus de position dominante des clauses qui « ont pour objet et pour effet de leur [les distributeurs] imposer des marges bénéficiaires égales à la totalité des remises et ristournes prévues dans les conditions de vente » ; Cons. conc., déc. n°06-D-06 du 17 mars 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes*, spéc. n°123 où une clause d'exclusivité d'appartenance, interdisant aux adhérents d'appartenir à un réseau concurrent, est considérée comme un abus de position dominante ; Concurrences, n°2-2006, p. 93-95, note C. Prieto ; RDC, 2006, p. 721, note L. Idot ; CCC, 2006, comm. 92, note G. Decocq.

⁵¹ CJCE, 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG*, aff. C-85/76, spéc. n°7 : « Le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché de lier, fut-ce à leur demande, des acheteurs par une obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise, constitue une exploitation abusive d'une position dominante » ; L'exemple a été ajouté à l'art. L.420-2 al.2 par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 40, mais il s'agit de la consécration d'une jurisprudence sanctionnant les accords de gamme en cas de dépendance économique ; Cons. conc., déc. n°04-D-13 du 8 avr. 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et des producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée*, spéc. n°51, 54, 59 et 68 ; JCP, E, 2004, 1195, note sous arr. P. Arhel ; CCC, 2004, comm. 95, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; La décision du Conseil a été confirmée par CA Paris, 1^{ère} ch. section H, 9 nov. 2004, n°2004/08960, puis par un rejet de Cass., com., 6 déc. 2005, n°04-19.541, Bull. civ., IV, n°240 ; JCP, G, 2006, 1052 ; D. 2006, p. 64, note E. Chevrier ; JCP, E, 2006, 1608, note sous arr. S. Reifegerste.

⁵² V. par ex. : CJCE, 14 fév. 1978 *United Brands Compagny*, aff. C-27/76, où le fournisseur obligeait ses distributeurs à ne pas vendre de bananes vertes (n°86), ce qui conduit à une interdiction d'exporter (n°135) et, partant, à un cloisonnement du marché (n°159), sanctionné au titre d'un abus de position dominante (n°300) ; Cons. conc., déc. n°90-D-31 du 18 sept. 1990 *relative à des pratiques relevées sur le marché de la publicité dans les pages jeunes des annuaires officiels des abonnés au téléphone*, où une clause visant à la limitation de la responsabilité d'une entreprise en situation de monopole d'état est considérée comme un abus de position dominante ; Cons. conc., déc. n°07-MC-01 du 25 avr. 2007 où des clauses d'exclusivité (n°16 et s.) ont pu avoir pour effet d'empêcher les concurrents d'accéder au marché. Le Conseil analyse quatre critères « pour s'assurer que les clauses d'exclusivité n'instaurent pas en droit ou en pratique une barrière artificielle à l'entrée sur le marché » : « le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité et la contrepartie économique obtenue par le client » (n°34). Le Conseil pourra sanctionner ces clauses en fonction du non respect de ces critères ; V. sur ce point : A.-S. Choné : *th. précitée*, n°248.

⁵³ Aut. conc., déc. n°10-D-08 du 3 mars 2010 *relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité*, spéc. n°163 : « La mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur pourrait ainsi résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée ».

⁵⁴ Cons. conc., déc. n°06-D-18 du 28 juin 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique*, spéc. n°235-280, où il est considéré, malgré le fait que les clauses ne soient pas « objectivement justifiées » (n°245), qu'il n'est « pas démontré que les pratiques contractuelles aient eu des effets anticoncurrentiels » (n°277) ; RDC, 2006, p. 1104, note L. Idot. Concurrences, n°3-2006, p.97-98, note D. Spector.

134. L'assimilation de clauses à des pratiques en droit des abus de domination.

Loin de ne connaître que des pratiques isolées des entreprises dominantes qui visent à accroître leur position, le droit des abus de domination s'intéresse également aux contrats conclus entre entreprises, pour s'assurer qu'ils ne contiennent pas de clauses qui auraient ce même objectif. Il n'en demeure pas moins un droit ressortissant des pratiques anticoncurrentielles, qui a pour objectif la sanction de comportements mis en œuvre par des entreprises en situation de position dominante sur un marché ou en situation de domination sur une autre entreprise. Il apparaît, à l'analyse, que sont incluses dans ces comportements des clauses qui, dès lors, peuvent être regardées comme un élément de l'abus de domination, voire comme l'élément le caractérisant.

135. Conclusion du paragraphe : L'assimilation de clauses à des pratiques en droit des pratiques anticoncurrentielles. Sous couvert de son objectif de caractérisation des pratiques anticoncurrentielles mises en place par des entreprises sur un marché, cette branche du droit sanctionne également, par leur nullité, des clauses, qu'il semble possible de dénommer « clauses anticoncurrentielles »⁵⁵. Les autorités de la concurrence apparaissent alors comme « juges du contrat »⁵⁶, puisqu'elles sont amenées à étudier les clauses et les contrats dans lesquels elles se trouvent⁵⁷, à les « surveiller »⁵⁸, à en « éradiquer »⁵⁹ certaines et à en « façonner »⁶⁰ d'autres. Il ressort de l'étude de ces pratiques anticoncurrentielles que la qualification de pratique n'exclut pas qu'une clause en fasse partie. La pratique demeure un comportement, une façon d'agir, mais ce comportement d'un acteur d'un marché peut le conduire à stipuler dans les contrats qu'il conclut, des clauses matérialisant une entente, un abus de position dominante ou un abus de dépendance économique. L'accueil de clauses au sein de la notion de pratique démontre une assimilation de ces deux notions, pourtant bien distinctes, dans cette branche du droit qu'est le droit des pratiques anticoncurrentielles.

⁵⁵ L'expression est parfois utilisée par la jurisprudence (par ex. : Cons. conc., déc. n°99-D-78 du 15 déc. 1999 *relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la porcelaine de Limoges*, p. 4 ; Cons. conc., déc. n°08-D-34 du 22 déc. 2008 *relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de la ville de Marseille*, n°18), et par la doctrine : L. Boy : « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », CCC, 2004, étude, 16, n°8 ; G. Decocq : « Le réveil du « private enforcement » ? », CCC, 2012, repère 6 ; M. Malaurie-Vignal : « Etude du Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, §3 à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées », CCC, 2010, étude 9, n°12 ; CCC, 2002, comm. 124, note sous Cass. com., 29 janv. 2002, n°00-11.433, M. Malaurie-Vignal.

⁵⁶ R. Poesy : « Le conseil de la concurrence, juge du contrat », *Etude*, P. Aff., 20 oct. 2000, n°210, p. 4.

⁵⁷ Sur ce point, v. M. Chagny : *th. précitée*, not. n°354, 385, 428 et 430 ; V. aussi : F. Dreifuss-Netter : « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », RTD Civ., 1990, p. 369 ; M. Malaurie-Vignal : « Droit de la concurrence et droit des contrats », D., 1995, p. 51.

⁵⁸ M. Chagny : *op. cit.*, n°385.

⁵⁹ *Idem*, n°428 où l'auteur montre que dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence, « l'éradication d'une clause est couramment ordonnée ».

⁶⁰ *Idem*, n°430, où l'auteur évoque le « façonnage des clauses » par le Conseil de la concurrence

L'assimilation n'est pas toujours réalisée de manière incidente, par la caractérisation d'une pratique. Parfois, les dispositions légales, internes ou européennes visent expressément des clauses, dont la stipulation peut suffire à caractériser une pratique anticoncurrentielle. Néanmoins, comme la clause est atteinte sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles que sont les ententes et les abus de domination, ces clauses ne pourront être annulées qu'en cas d'atteinte au fonctionnement de la concurrence sur un marché. Le droit des contrats peut également conduire à l'annulation de stipulations contractuelles, mais n'exige pas d'atteinte au fonctionnement de la concurrence.

§2 : L'assimilation de clauses à des pratiques en droit des contrats.

136. L'assimilation indirecte de clauses à des pratiques en droit des contrats. Le droit des contrats distingue *a priori* nettement entre les clauses et les pratiques⁶¹. Les clauses constituent les éléments des contrats, alors que les pratiques sont des comportements, les façons d'agir des contractants. L'assimilation des deux notions par le droit des contrats demeure donc plus limitée qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles. D'une part, le droit des contrats ne mentionne pas de pratiques, et ne mentionne que les clauses, qui sont les différentes stipulations des contrats. D'autre part, le droit des contrats reste plus marqué par la distinction entre les actes juridiques, dont font partie intégrante les clauses, et les faits juridiques, auxquels ressortissent les pratiques. Le droit commun permet, par certaines notions⁶², de sanctionner des comportements mis en place par des contractants. Demeure la question de savoir si le droit des contrats permet d'appréhender la clause du contrat qui matérialise la pratique. De même, le droit des contrats régleme un certain nombre de clauses, et la question est de savoir si à travers la sanction de ces clauses, une pratique peut être *in fine* sanctionnée. *A priori*, selon le droit commun, une pratique ne peut consister en la stipulation de certaines clauses, de manière identique, par un contractant, dans tous ses contrats. Parallèlement, une clause ne peut s'analyser en la matérialisation d'une pratique mise en œuvre par celui qui l'a stipulée. Cependant, en droit commun, la sanction d'une clause ou d'un contrat peut *in fine* conduire à la sanction d'une pratique (A), de même que la sanction d'une pratique peut passer pour avoir un effet sur une clause ou même, un contrat (B).

⁶¹ Cf. *Supra*, n°41 et s. ; n°85 et s.

⁶² Notamment les notions d'abus et de bonne foi, sur celles-ci, Cf. *Supra*, respectivement n°86 et n°95.

A. La pratique atteinte par la sanction d'une clause ou d'un contrat.

137. Sanction d'une clause et effets sur la pratique. Le Code civil appréhende des clauses de contrats qui peuvent être vues comme participant de pratiques. La question qui se pose alors est de savoir si, à l'occasion de la sanction de ces clauses, le droit commun va jusqu'à en tirer les conséquences sur les pratiques qui permettent de les stipuler. Cette question peut se poser à l'égard des clauses limitatives ou élusives de responsabilité, dont la validité a été soumise par la jurisprudence, à une condition, qui a été consacrée à l'occasion de la réforme de 2016. De même, à l'issue de cette réforme, le droit des contrats contient une sanction des clauses qui créent, dans les contrats d'adhésion, un déséquilibre significatif. La question peut également se poser s'agissant de cette disposition, de savoir si, à travers la sanction de ces clauses, ce n'est pas également une pratique qui est atteinte.

138. La sanction des clauses privant l'obligation essentielle de leur substance. La jurisprudence relative aux clauses limitatives ou élusives de responsabilité ou aux clauses de réparation s'est construite autour de la cause, et a permis la sanction de celles de ces clauses qui privent l'obligation essentielle du débiteur de sa substance⁶³. Ce faisant, ces arrêts ont pu avoir pour conséquence une modification des contrats, qu'il est possible d'analyser comme une modification d'une pratique de certaines parties consistant à stipuler ces clauses. Le comportement du contractant qui a été atteint par ces arrêts est en effet celui qui consiste à mettre en place les outils permettant de s'assurer que sa responsabilité contractuelle ne pourra pas être engagée en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de sa prestation. Il est alors possible de considérer qu'au-delà des clauses elles-mêmes, la construction jurisprudentielle relative aux clauses limitatives de responsabilité a contribué à atteindre une pratique de certains contractants. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016⁶⁴, cette jurisprudence a été consacrée, et l'article 1170 du Code civil prévoit que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Ainsi, la pratique consistant à minorer les effets du non-respect, par le débiteur, de son obligation essentielle, se trouve sanctionnée par la disposition, même si celle-ci sanctionne une clause. L'assimilation de la pratique à la clause demeure cependant indirecte, et sans doute inconsciente. Pour autant, elle incite assurément les contractants à opter pour des bonnes pratiques en matière de clauses limitatives ou élusives de responsabilité. Les limitations de responsabilité demeurent admises par le droit commun des

⁶³ Cf. *Supra*, n°59 et s., en particulier dans les aff. Chronopost et Faurecia.

⁶⁴ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

contrats, mais elles ne peuvent aller jusqu'à priver l'obligation essentielle du débiteur de sa substance. Une autre bonne pratique que devront désormais suivre les contractants est celle de ne pas soumettre leur cocontractant à des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

139. La sanction, dans les contrats d'adhésion, des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La réforme du droit des obligations de 2016 a, au sein de ses innovations, créé une sanction, spécifique aux contrats d'adhésion, pour les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat⁶⁵, en s'inspirant d'une notion qui existe en droit de la consommation⁶⁶ et en droit des pratiques restrictives de concurrence⁶⁷. En droit de la consommation, il ne fait guère de doute que cette notion soit dévolue à la sanction de clauses⁶⁸. En droit des pratiques restrictives de concurrence, il s'agit d'une notion qui permet la sanction d'une pratique, celle qui consiste à soumettre un partenaire commercial à un déséquilibre significatif⁶⁹. Il ne fait guère de doutes que le droit commun sanctionne, par application du déséquilibre significatif, des clauses contractuelles, en les réputant non écrites⁷⁰. Demeure la question de savoir si, à l'instar du droit des pratiques restrictives de concurrence, le droit commun ne permet pas également la sanction d'une pratique, celle qui consiste à rédiger des contrats d'adhésion qui contiennent des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. A l'instar des clauses qui privent l'obligation essentielle du débiteur de sa substance, visées par la disposition précédente, il est possible de voir dans cette sanction, l'appréhension d'une pratique, celle qui consiste à prévoir ces clauses. L'assimilation de la pratique aux clauses sanctionnées n'est cependant qu'incidente, puisque le texte se limite aux clauses contractuelles. Il incite, tout comme le texte précédent, les parties qui rédigent des contrats d'adhésion à s'abstenir du comportement qui consisterait à stipuler des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Il peut alors peut passer pour être en faveur de bonnes pratiques de la part de ces contractants qui, rédigeant le contrat, peuvent être dans une position plus favorable que la partie qui ne fait qu'y souscrire. La sanction de ces clauses peut alors être analysée comme ayant un effet sur la pratique qui consiste à les stipuler, celle-ci étant alors indirectement atteinte.

⁶⁵ Art. 1171 C. civ.

⁶⁶ Sur celle-ci, cf. *Supra*, n°66 et s.

⁶⁷ Sur celle-ci, Cf. *Infra*, n°202 et s.

⁶⁸ Art. L. 212-1 C. conso.

⁶⁹ Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

⁷⁰ Cf. art. 1171, al. 1 *in fine* C. civ.

140. La pratique, indirectement atteinte par la sanction d'une clause en droit commun. Le droit commun sanctionne parfois des clauses. Pour autant, la question demeure de savoir s'il se soucie, lors de cette sanction, de la pratique qui a pu donner naissance à la clause ou même à la façon de l'appliquer. Lorsque le droit commun sanctionne une clause, l'atteinte de la pratique peut être déduite, mais n'est pas nécessairement consciente. C'est ainsi qu'il convient d'évoquer davantage une assimilation indirecte des clauses à des pratiques par le droit commun, ce qui ressort plus encore, lorsqu'il sanctionne une pratique, puisqu'il se refuse alors, à en tirer des conséquences relativement à une clause ou à un contrat.

B. La clause ou le contrat atteint par la sanction d'une pratique.

141. Sanction d'une pratique d'un contractant et effets sur le contenu du contrat. Si, avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, le droit des contrats connaissait relativement peu d'exemples d'effets possibles de la sanction d'un comportement sur le contenu même du contrat, il en va différemment depuis l'adoption de ce texte, puisque, désormais, le Code civil sanctionne non seulement deux pratiques, mais également les effets qu'elles ont pu avoir sur le contrat lui-même. Ainsi, il convient de distinguer la solution qui interdisait au juge de tirer des conséquences relatives au contrat de la mise en œuvre déloyale d'une prérogative, avant la réforme de 2016 (1), et les règles nouvelles qui sanctionnent les pratiques des contractants et leurs effets sur le contenu du contrat (2), même s'il convient de préciser qu'*a priori*, la solution jurisprudentielle antérieure ne semble pas remise en cause par l'adoption de la réforme.

1. La clause ou le contrat non atteints par la sanction d'une pratique avant la réforme de 2016.

142. Usage déloyal d'une prérogative contractuelle. La loyauté est un comportement attendu de tout contractant⁷¹. La jurisprudence en déduit une possible sanction de pratiques qui s'analysent comme étant déloyales, en particulier celles qui consistent à faire usage, de manière déloyale, d'une prérogative contractuelle, soit, en d'autres termes, à demander l'application d'une clause, de manière déloyale. Cependant, si le juge peut sanctionner cette pratique, la jurisprudence précise immédiatement que cela « ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »⁷². Les

⁷¹ Sur celle-ci, Cf. *Supra*, n°103 et s.

⁷² Cass. Com., 10 juil. 2007, n° 06-14.768, Bull. civ. IV, n°188 ; D. 2007, p. 2839, note P. Stoffel-Munck ; *idem*, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; JCP G, 2007, II, 10154, Comm. D. Houtcieff ; CCC, 2007, comm. 294, note sous arr.

décisions jurisprudentielles relatives à cette question devaient en effet concilier les deux dispositions de l'ancien article 1134 du Code civil⁷³, à savoir dans son premier alinéa, la force obligatoire du contrat, et dans son alinéa 3, l'exécution de bonne foi des contrats. La mauvaise foi d'une partie à un contrat peut donc être sanctionnée, sans que cela puisse avoir des effets sur le contrat lui-même. Ainsi, les clauses ou le contrat lui-même ne pouvait pas être atteints par la sanction de la pratique qui consiste à faire usage, de manière déloyale, d'une prérogative contractuelle. La distinction entre les actes juridiques, dont font partie les contrats, et les faits juridiques, comme les pratiques, ou les usages déloyaux de prérogatives contractuelles était alors particulièrement nette, à tel point que la sanction d'un fait juridique, fut-il commis entre contractants, ne pouvait avoir aucun effet sur l'acte juridique. Aujourd'hui, feu l'article 1134 a été scindé, l'alinéa premier ayant été repris au sein de l'article 1103 et l'alinéa 3, au sein de l'article 1104⁷⁴. La question du maintien de la solution jurisprudentielle antérieure peut se poser, même s'il paraît peu probable que les justifications de cette solutions aient disparues à l'issue de la réforme de droit des obligations, tout comme il semble peu probable que le fait que les deux anciens alinéas aient aujourd'hui reçu les honneurs de deux articles différents, mais néanmoins consécutifs, puissent permettre au juge de passer outre le premier pour appliquer le second. Le droit des contrats demeure, à l'issue de la réforme de 2016, très empreint de la distinction entre les actes et les faits juridiques⁷⁵, et ne paraît pas rendre possible, de manière générale, l'appréhension de faits juridiques qui seraient mis en œuvre par des cocontractants, par exemple, de manière déloyale. En revanche, certaines dispositions nouvelles peuvent apparaître comme permettant, la sanction d'une pratique, en atteignant les clauses ou les contrats que la pratique a pu induire.

2. La clause ou le contrat atteints par la sanction d'une pratique après la réforme de 2016.

143. Sanctions de contrats en droit commun par l'appréhension de pratiques. Sans utiliser ce terme de pratique, le droit commun peut apparaître, à l'issue de la réforme de 2016, comme permettant la sanction de certaines mauvaises pratiques de contractants. En réalité, le

L. Leveneur ; RTD Civ., 2007, p. 773, note B. Fages ; RDC, n°4-2007, p. 1107, note L. Aynès ; *idem*, p. 1110, note D. Mazeaud ; RLDC, 2008/2, n°46, p.6, note P. Delebecque ; P. Aff., 2008, n°27, p. 12, note D. Houtcieff ; *Adde* : H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénédy : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2 : *obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 2015, spéc. n°164, p. 163-172 ; La solution est depuis confirmée : Cass. civ., 3^{ème}, 9 déc. 2009, n°04-19.923, Bull. civ. III, n° 275 ; D. 2010, p. 476, note sous arr. J. Billemon ; RTD Civ., 2010, p. 105, note B. Fages ; RDC, 2010, n°2, p. 561, note Y.-M. Laithier et D. Mazeaud ; V. aussi : Cass. com., 15 mars 2011, n°09-13.299.

⁷³ Avant l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 précitée.

⁷⁴ Textes résultant de l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, précitée.

⁷⁵ Cf. art. 1100 et s. C. civ.

droit commun sanctionne surtout des contrats dont les conditions de formation n'auraient pas été respectées, ou des clauses lorsqu'elles créent des déséquilibres significatifs, en se souciant assez peu des éléments déclencheurs. Restant marqué par la distinction entre les clauses et les pratiques, le droit commun ne va pas jusqu'à, explicitement, sanctionner des pratiques, et ne peut donc assimiler à des pratiques des clauses ou des contrats. Pourtant, certaines des dispositions nouvelles du Code civil peuvent être vues comme appréhendant des pratiques. Il en va ainsi d'abord de l'abus de l'état de dépendance. Cet abus peut s'analyser comme une pratique, un comportement d'un contractant, ou plus exactement, d'un futur contractant.

144. L'abus de l'état de dépendance de son cocontractant. Le fait d'abuser de la dépendance de son contractant, pour lui faire souscrire des engagements qu'il n'aurait pas souscrit sans cette contrainte, et en tirer un avantage manifestement excessif est désormais assimilé au vice de violence⁷⁶. Cet abus est *a priori* commis avant la conclusion du contrat, puisque son objectif est précisément cette conclusion. Sous cet angle, il correspond bien à la définition d'une pratique, au sens du droit de la consommation, celle qui est mise en œuvre dans un contexte précontractuel, dans l'objectif de faire conclure le consommateur⁷⁷. Cette pratique est désormais sanctionnée en droit commun des contrats, en raison du fait qu'elle a vicié le consentement du cocontractant dépendant. Ainsi, il convient d'avoir à l'esprit que le droit commun, pour sanctionner cette pratique, exige que le contrat soit conclu. Puisque le contrat est en effet conclu, et qu'il l'a été sur un consentement vicié, celui-ci peut alors être sanctionné par la nullité⁷⁸. Ainsi, le contrat peut être atteint par la sanction de ce qui peut s'analyser comme une pratique : le sort du contrat est scellé par la sanction de la pratique qui l'a fait naître. Pour autant, il ne semble pas possible d'en tirer la conséquence selon laquelle le droit commun appréhende des pratiques et atteint, dans cette appréhension, des clauses ou des contrats. La sanction de la pratique qui consiste à abuser de la dépendance d'un contractant reste celle d'un vice du consentement et s'étend, *a priori*, à tout le contrat, de sorte que ce n'est pas simplement une clause qui serait assimilée à la pratique, mais le contrat dans son ensemble.

145. La sanction de clauses par le droit commun n'atteint qu'indirectement une pratique et la sanction de pratiques en droit commun n'atteint pas les clauses. Lorsque le droit commun sanctionne des clauses de contrats, il paraît peu soucieux de rechercher les

⁷⁶ Art. 1143 C. civ. ; M. Chagny : « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », in Dossier : *Réforme du droit des contrats : quel impact sur les contrats d'affaires*, AJCA, 2016, p. 115 ; Cf. *Supra*, n°93 et s.

⁷⁷ Cf. *Supra*, n°113 et s.

⁷⁸ Art. 1131 C. civ.

sources de ces clauses : les pratiques qui ont permis leur mise en œuvre. Lorsque le droit commun sanctionne une pratique, sa sanction ne rejait pas sur les clauses du contrat qui permettent à cette pratique d'avoir été mise en œuvre. Cette affirmation ne semble guère remise en cause par la récente introduction au titre du vice de violence, de l'abus de la dépendance du cocontractant qui, tout au plus serait une exception à l'affirmation, voire la simple sanction d'un contrat qui repose sur un consentement vicié. L'assimilation de clauses à des pratiques n'est ainsi pas réalisée par le droit commun, qui distingue les effets des clauses et ceux des pratiques. Celle-ci se trouve consacrée, en revanche, en droit des pratiques restrictives de concurrence.

146. Conclusion de la section. L'assimilation de clauses à des pratiques peut apparaître comme embryonnaire en droit des contrats, alors même qu'elle est plus présente en droit des pratiques anticoncurrentielles. C'est ainsi en droit de la concurrence que cette assimilation paraît être le mieux réalisée, ce qui se confirme dans l'autre pan de la matière, le droit des pratiques restrictives de concurrence.

SECTION 2 : LA CONSECRATION DE L'ASSIMILATION DES CLAUSES A DES PRATIQUES EN DROIT DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.

147. La clause objet de la pratique. Le droit des pratiques restrictives de concurrence assimile aux pratiques qu'il prévoit, des clauses de contrats, notamment ceux conclus entre fournisseurs et distributeurs. Mais, à la différence du droit des pratiques anticoncurrentielles qui atteint un certain nombre de clauses au sein des pratiques qu'il prévoit, le droit des pratiques restrictives de concurrence mentionne des pratiques qui consistent en la stipulation de clauses. L'assimilation est consacrée par cette branche du droit, qui prévoit des clauses en tant qu'objet d'une pratique restrictive de concurrence. Cela s'explique parce que le droit des pratiques restrictives de concurrence a vocation à s'appliquer notamment en présence d'un contrat entre deux parties, et non pas en raison d'une atteinte à un marché⁷⁹. Plus précisément,

⁷⁹ Sur ce point, certains auteurs ont pu mettre en évidence les liens entre cette partie du droit de la concurrence et le droit des contrats, v. par ex. : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, spéc. n°356 et s. où l'auteur met en évidence que le droit des pratiques restrictives de concurrence apporte des « entraves à la liberté des parties de déterminer le contenu du contrat », et dont la démonstration tend à considérer (n°385) que le « droit de la concurrence surveille des clauses contractuelles » ; B. Fages, J. Mestre : « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in Colloque, Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, dir. Y. Picod et J. Calais-Auloy, RTD Com., 1998, p. 71, où les auteurs montrent que « les règles impératives du droit de la concurrence s'imposent au contrat et conduisent à la condamnation de nombreuses stipulations » ; M. Chagny : « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », RDC, n°3/2004, p. 861, où l'auteur analyse que les pratiques restrictives de concurrence « sont en mesure, du fait de leur rédaction très

le droit des pratiques restrictives de concurrence appréhende les pratiques mises en œuvre en dehors d'un contrat, au moment de la négociation d'un contrat, et même les clauses du contrat qui s'appliquent pendant son exécution. Passant outre la distinction entre les clauses et les pratiques, et recherchant l'efficacité, l'équilibre et la loyauté dans les relations commerciales⁸⁰, le droit des pratiques restrictives de concurrence transcende la distinction, tant dans son esprit (§1), que dans sa lettre (§2).

§1 : L'assimilation de clauses à des pratiques dans l'esprit du droit des pratiques restrictives de concurrence.

148. La richesse du droit des pratiques restrictives de concurrence au service d'objectifs uniques. Le droit des pratiques restrictives de concurrence se singularise, au-delà de son assimilation des clauses et des pratiques, par sa richesse, qui se matérialise par un grand nombre de textes intervenus pour compléter ou réformer la matière. Leur étude permet de mesurer que la matière assimile clauses et pratiques depuis ses origines. Pourtant, l'analyse des objectifs des différents textes démontre que malgré la réalité de la richesse de la matière (A), ses objectifs sont uniques et n'ont pas varié (B), et que ces objectifs justifient que des clauses soient assimilées à des pratiques et en suivent le sort, soit en d'autres termes qu'elles soient qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

A. La richesse du droit des pratiques restrictives de concurrence.

149. Les deux périodes du droit des pratiques restrictives de concurrence. Les lois intervenues en droit des pratiques restrictives de concurrence semblent devoir être étudiées chronologiquement, la césure étant marquée par l'ordonnance de 1986 qui supprime le terme de « pratiques assimilées à la pratique de prix illicites » (1), pour consacrer le terme de « pratiques restrictives de concurrence » (2).

1. Les pratiques assimilées à la pratique de prix illicites avant 1986.

150. Le droit des pratiques restrictives de concurrence avant 1986. Evoquer les pratiques restrictives de concurrence avant l'ordonnance de 1986 peut sembler relever de l'anachronisme⁸¹. Les actuelles pratiques restrictives de concurrence étaient à l'époque insérées

compréhensive, d'appréhender un large éventail de comportements et de dispositions contractuelles, et ce à tous les stades de la vie du contrat ».

⁸⁰ V. : loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

⁸¹ Le vocable de « pratiques restrictives de concurrence » est apparu avec l'ord. du 1^{er} décembre 1986.

dans un titre relatif aux sanctions encourues en cas d'infraction à la fixation administrative des prix. Elles étaient réunies sous le vocable de « pratique de prix illicites »⁸², une pratique à laquelle étaient assimilées d'autres pratiques qui s'apparentent aux actuelles pratiques restrictives de concurrence. A l'époque, au sortir de la seconde guerre mondiale, il s'agissait pour l'Etat de maîtriser certains prix, et par conséquent de sanctionner les commerçants ou les prestataires de service qui ne respectent pas les prix fixés. A ces pratiques de prix illicites, étaient assimilées les pratiques de refus de vente⁸³, de limitation de vente de produits ou de services à certaines heures de la journée alors que le magasin reste ouvert pour la vente d'autres produits ou services⁸⁴, de vente liée⁸⁵, ainsi que de détention d'un stock de produits⁸⁶. A été ajoutée à ces pratiques la pratique qui consiste en l'exercice, individuel ou en réunion ou coalition, d'une « action en vue de faire échec à la réglementation sur les prix en menaçant de cesser son activité commerciale, industrielle ou artisanale ou en cessant effectivement cette activité »⁸⁷. Puis, la pratique de rétention de stocks a été, à son tour, ajoutée au texte⁸⁸. Ensuite, ont été appréhendées les pratiques d'imposition d'un prix de revente⁸⁹, ainsi que la pratique consistant à opérer des discriminations de prix en fonction des acheteurs⁹⁰. Ce texte relatif aux discriminations, qui sera complété par l'interdiction des conditions discriminatoires de vente⁹¹, marque l'interdiction d'une pratique qui peut prendre la forme d'une clause. Puis, une loi a

⁸² Art. 35 et 36 de l'ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix (ci-après dénommée « ord. de 1945 »), précisant qu'un prix illicite est un prix supérieur au prix limite, au prix fixé, ou au prix minimum fixé, ou encore un prix maintenu à son niveau précédent alors qu'il aurait dû diminuer. Constituent des pratiques de prix illicites notamment le fait de vendre ou d'acheter à un prix illicite.

⁸³ Art. 37, 1°, a) de l'ord. de 1945, la pratique consistant en refusant « de satisfaire des demandes qui ne présentent aucun caractère anormal ».

⁸⁴ Art. 37, 1°, b) de l'ord. de 1945.

⁸⁵ Art. 37, 1°, c) de l'ord. de 1945, la pratique consistant à « subordonner l'achat d'un produit à l'achat concomitant d'autres produits ».

⁸⁶ Art. 37, 2° de l'ord. de 1945, le texte prévoyant cette interdiction de détention d'un stock dans ses articles 41 à 45.

⁸⁷ Loi n°46-1024 du 14 mai 1946 modifiant l'article 37 de l'ord. 45-1483 du 30 juin 1945 relative à la réglementation des prix, ajoutant un article 37, 1°, e) à ladite ordonnance.

⁸⁸ Loi n°47-587 du 4 avril 1947 complétant et modifiant la législation économique, ajoutant cette pratique dans un f), ajouté à l'article 37, 1° de l'ord. de 1945. Cette loi modifie également le texte relatif à la vente liée, en le plaçant dans un 13° de l'article 36 de l'ord. de 1945.

⁸⁹ Loi n°52-835 du 18 juillet 1952 complétant l'article 37 de l'ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, complétant l'article 37 de ladite ord. par un 3° prévoyant la pratique d'imposition d'un prix minimum de vente au « moyen de tarifs ou barèmes professionnels, ou en vertu d'ententes entre producteurs et distributeurs ».

⁹⁰ Décret n°53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, art 2, complétant l'art. 37, 1°, a) de l'ord. de 1945, consacré au refus de vente, en y assimilant le fait de « pratiquer habituellement des majorations discriminatoires de prix qui ne sont pas justifiées par des différences de prix de revient ».

⁹¹ Décret n°58-545 du 24 juin 1958 modifiant certaines dispositions de l'ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative au maintien de la libre concurrence, art. 1^{er} modifiant l'art. 37 de ladite ord. en ajoutant le fait de pratique des conditions discriminatoires de vente.

prohibé la revente à perte⁹². En 1967, une ordonnance est intervenue pour abroger un certain nombre de dispositions de l'ordonnance de 1945⁹³, mais aussi pour prévoir une possible réglementation par voie réglementaire des conditions de vente différenciées et une possible interdiction, dans les mêmes formes, des indications de prix conseillés de revente⁹⁴. En 1973, une loi prévoit le principe de la transparence, qui oblige tout producteur à communiquer à tout revendeur ses conditions de vente et son barème de prix⁹⁵. Cette loi assimile en outre à la pratique de prix illicites⁹⁶, l'interdiction, pour un producteur, de faire des dons de marchandises ou de prestations de services⁹⁷, et réaffirme l'interdiction des discriminations⁹⁸, en précisant que ces pratiques sont également sanctionnées à l'égard du revendeur qui recherche l'obtention de l'un de ces avantages⁹⁹. Enfin, la dernière réforme du droit des pratiques restrictives de concurrence intervenue avant 1986 a été réalisée par une loi de 1985, portant amélioration de la concurrence¹⁰⁰. Cette loi intègre au sein de l'ordonnance de 1945 les dispositions ultérieures qui ne l'étaient pas, et les complète en ajoutant une condition d'atteinte portée à la concurrence concernant l'interdiction des discriminations et des dons de marchandises¹⁰¹. De même, ces deux pratiques voient leurs sanctions aggravées si les avantages sont « obtenus d'un partenaire en situation de dépendance »¹⁰². Le refus de communication des conditions de vente et des barèmes de prix par les producteurs constitue désormais une pratique assimilée à la pratique de prix illicites¹⁰³. De plus, cette loi sanctionne la pratique qui consiste pour une entreprise commerciale à payer ses achats de produits alimentaires périssables dans un délai supérieur à trente jours suivant la fin du mois de la livraison¹⁰⁴. Il résulte de l'analyse de ces textes, qu'outre la pratique de prix illicites elle-même, une dizaine de pratiques y sont assimilées¹⁰⁵ à

⁹² Loi de finances n°63-628 du 2 juillet 1963 rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, art. 1^{er}.

⁹³ Ord. n°67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, art. 5 qui abroge la réglementation concernant la rétention des stocks (art. 37, 2° de l'ord. de 1945), ainsi que la pratique consistant à ne vendre des produits qu'à certaines heures de la journée (art. 37, 1°, b) de l'ord. de 1945).

⁹⁴ Ord. n°67-835, art. 1^{er}.

⁹⁵ Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, art. 37, al. 3.

⁹⁶ Loi n°73-1193, art. 42.

⁹⁷ Loi n°73-1193, art. 37, 2°.

⁹⁸ Loi n°73-1193, art. 37, 1°.

⁹⁹ Loi n°73-1193, art. 38.

¹⁰⁰ Loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence.

¹⁰¹ Art. 37, 1°, g) de l'ord. de 1945, tel que modifié par la loi n°85-1408, art. 1^{er}, II.

¹⁰² Art. 37, 1°, g) de l'ord. de 1945, tel que modifié par la loi n°85-1408, art. 1^{er}, II, *in fine*.

¹⁰³ Art. 37, 5° de l'ord. de 1945, tel que modifié par la loi n°85-1408, art. 1^{er}, IV.

¹⁰⁴ Art. 37, 6° de l'ord. de 1945, tel que modifié par la loi n°85-1408, art. 1^{er}, V.

¹⁰⁵ A la lecture de l'article 37 de l'ord. de 1945, dans sa version abrogée au 1^{er} janv. 1987, sont prohibées les pratiques de refus de vente, de contravention aux arrêtés réglementant les conditions de vente différenciées, ou réglementant l'indication de prix conseillés, de vente liée, de discriminations quant aux prix ou aux conditions de vente, d'obtention de dons en marchandises ou en espèces, ces pratiques étant sanctionnées, à l'égard du producteur, si la discrimination est accordée, mais aussi à l'égard de l'acheteur, s'il en fait la demande, de

la veille de l'adoption de l'ordonnance de 1986, qui abroge l'ordonnance de 1945. De plus, avant même l'ordonnance de 1986, les réformes modifiant les pratiques assimilées à la pratique de prix illicites, étaient déjà fréquentes, de sorte qu'il était possible de se poser la question de savoir si l'ensemble de ces pratiques pouvaient encore être considérées comme des prix illicites ou si une autre appellation pouvait leur être donnée. L'évolution de la législation en la matière suit, en effet, notamment l'évolution des formes de distribution des produits, qui a fait apparaître un certain nombre de pratiques, que le législateur a sanctionnées au fur et à mesure, sans modifier leur appellation. Cette évolution révèle également que l'assimilation de clauses à des pratiques par la législation antérieure à 1986 ne se trouve pas pleinement réalisée. En effet, il n'est alors pas directement question de clauses, mais davantage de comportements des acteurs économiques. La réponse à la question sera donnée par l'ordonnance de 1986, qui supprime la pratique de prix illicite en abrogeant l'ordonnance de 1945 pour la remplacer par un principe de liberté des prix, sans pour autant supprimer l'ensemble des pratiques qui y étaient assimilées, mais les regroupant sous une appellation nouvelle, celle de « pratiques restrictives ».

2. Les pratiques restrictives de concurrence après 1986.

151. Le développement des pratiques restrictives de concurrence depuis 1986. En 1986, l'ordonnance relative à la liberté des prix et à la concurrence consacre le terme de « pratiques restrictives de concurrence » (a), mais les pratiques restrictives de concurrence ont été au cœur de plusieurs réformes depuis l'adoption de cette ordonnance (b).

a. Les pratiques restrictives de concurrence dans l'ordonnance de 1986.

152. Les modifications apportées au droit des pratiques restrictives de concurrence dans l'ordonnance de 1986. L'adoption de l'ordonnance relative à la liberté des prix et à la concurrence¹⁰⁶ marque indiscutablement une rupture. Elle consacre la liberté des prix alors que ceux-ci étaient réglementés par l'Etat depuis 1945¹⁰⁷. Ce faisant, elle abroge l'ordonnance de 1945, dans sa partie relative aux prix, ce qui inclut la pratique de prix illicites, mais elle réaffirme les règles qui existaient en matière de concurrence, et les réordonne, que ce

détention d'un stock, d'imposer un prix minimal de revente, de refus de communication des conditions de vente et des barèmes des prix, de non-respect des délais de paiement pour les denrées périssables. Ce texte est complété par la loi n°63-628, qui prohibe la revente à perte.

¹⁰⁶ Ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, ci-après dénommée « ord. de 1986 ».

¹⁰⁷ L'art. 1^{er} de l'ord. dispose ainsi que « L'ord. n°45-1483 est abrogée. Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ord. sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

soit en matière de pratiques anticoncurrentielles¹⁰⁸, ou encore en matière de transparence et de pratiques restrictives¹⁰⁹. Au titre de la transparence, l'ordonnance prévoit, outre des dispositions relatives aux relations entre professionnels et consommateurs, une obligation de communication des barèmes de prix et des conditions générales de vente¹¹⁰, exige l'écrit pour décrire les « conditions dans lesquelles un distributeur se fait rémunérer par ses fournisseurs en contrepartie de services spécifiques »¹¹¹, et reprend les sanctions pénales prévues pour l'imposition d'un prix minimal de revente¹¹², ainsi que pour le non-respect du délai de paiement s'agissant des produits alimentaires périssables¹¹³. L'ordonnance innove en revanche s'agissant des pratiques restrictives *stricto sensu*.

153. La dépenalisation des pratiques restrictives de concurrence. Les discriminations, refus de vente et ventes liées sont désormais regroupés et sanctionnés par la responsabilité civile de leur auteur¹¹⁴, alors que la sanction était auparavant pénale¹¹⁵. Dans ce texte, certaines pratiques qui étaient décrites comme assimilées à la pratique abrogée de prix illicites demeurent sanctionnées. Pour autant, ces pratiques sont moins nombreuses que précédemment, en raison de la disparition des pratiques se rapportant à la législation sur les prix. Par conséquent, l'ordonnance de 1986 apporte une simplification et une dépenalisation du droit des pratiques restrictives. Ce faisant, elle n'abroge pas l'ensemble des pratiques antérieurement prohibées, démontrant que ces pratiques n'avaient d'« assimilées à la pratique de prix illicites » que le nom. Désormais, outre les obligations relatives à la transparence, le droit des pratiques restrictives de concurrence se trouve scindé en deux parties. D'une part, la revente à perte, l'imposition d'un prix de revente et le non-respect des délais de paiement en matière d'aliments périssables sont pénalement sanctionnées. D'autre part, les pratiques de discrimination, de refus de vente et de vente liée sont civilement sanctionnées, par la responsabilité civile de leur auteur. Le texte n'apporte donc pas d'innovation majeure qui serait relative au contenu des pratiques restrictives, et n'appréhende notamment pas directement des

¹⁰⁸ Art. 7 à 27 de l'ord. de 1986.

¹⁰⁹ Art. 28 à 37 de l'ord. de 1986.

¹¹⁰ Art. 33 de l'ord. de 1986.

¹¹¹ Art. 33 al. 3 de l'ord. de 1986.

¹¹² Art. 34 de l'ord. de 1986.

¹¹³ Art. 35 de l'ord. de 1986.

¹¹⁴ Art. 36 de l'ord. de 1986, respectivement, 1, 2 et 3.

¹¹⁵ S'agissant des sanctions encourues pour les pratiques de prix illicites et les pratiques qui y sont assimilées, l'ord. de 1945 renvoyait à l'ord. n°45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, qui prévoit, dans son art. 40, un emprisonnement de deux mois à deux ans, et/ou une amende de 60 à 200 000 francs.

clauses contractuelles. Les pratiques ainsi appréhendées seront complétées par les réformes ultérieures.

b. Le droit des pratiques restrictives de concurrence postérieur à l'ordonnance de 1986.

154. Les pratiques restrictives de concurrence de la loi de 1996. Après dix années d'application, l'ordonnance de 1986, et plus précisément sa partie relative aux pratiques restrictives de concurrence¹¹⁶, a été remaniée. En 1996, sont en effet abrogées deux interdictions qui préexistaient à l'ordonnance de 1986, celle de vente liées et celle de refus de vente entre professionnels¹¹⁷. Ces interdictions avaient été dépénalisées par l'ordonnance de 1986, et placées au sein des pratiques civilement sanctionnées. Désormais, ces deux pratiques deviennent légales. Ce n'est pas pour autant que le texte prévoyant les pratiques restrictives civilement sanctionnées se trouve vidé de tout contenu. En effet, outre l'interdiction des discriminations, la loi de 1996 ajoute quatre nouvelles pratiques sanctionnées par la responsabilité de leur auteur. Il s'agit d'abord de la pratique qui consiste à obtenir ou à tenter d'obtenir un avantage préalable à la passation de commande, sans s'engager par écrit sur un volume d'achats proportionné¹¹⁸. Est aussi sanctionnée la pratique qui consiste à menacer d'une rupture brutale des relations commerciales pour obtenir ou tenter d'obtenir « des délais de paiement, des modalités de vente, des conditions de coopération commerciales manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente »¹¹⁹. De même, est sanctionnée la rupture brutale des relations commerciales établies¹²⁰. Enfin, se trouve prohibée la pratique qui consiste à participer à la violation de l'interdiction de la revente hors-réseau, interdiction faite au distributeur qui est lié par un contrat de distribution sélective ou exclusive¹²¹. Ainsi, malgré la suppression de deux pratiques restrictives de concurrence, le texte sanctionne non plus trois pratiques, mais cinq, à l'issue de la promulgation de la loi de 1996. Cette loi permet de prendre la mesure de l'assimilation de clauses à des pratiques restrictives de concurrence. En effet, par exemple, l'obtention d'un avantage sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales consiste, dans les faits, à négocier, sous ladite menace, une clause qui, acceptée devient partie intégrante d'un contrat. De même, l'obtention d'un avantage préalable à la passation de commande consiste également à contractualiser un avantage avant la passation

¹¹⁶ Les art. 31 à 35 de l'ord. de 1986 ont été modifiés à la marge en 1996, contrairement à l'art. 36.

¹¹⁷ Art. 14, 1^{er} de la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, ci-après dénommée « loi de 1996 ».

¹¹⁸ Art. 14, 2^o de la loi de 1996, intégré à l'art. 36, 3^o de l'ord. de 1986.

¹¹⁹ Art. 14 3^o, al. 1^{er} de la loi de 1996, intégré à l'art. 36, 4^o de l'ord. de 1986.

¹²⁰ Art. 14, 3^o, al. 2 de la loi de 1996, intégré à l'art. 36, 5^o de l'ord. de 1986.

¹²¹ Art. 14, 3^o, al. 3 de la loi de 1996, intégré à l'art. 36, 6^o de l'ord. de 1986.

de commande. Aussi, la pratique qui implique la participation à la revente hors-réseau revient à sanctionner de responsabilité civile des personnes qui ne sont pas liées par l'accord de distribution qui contient la clause interdisant la revente hors-réseau. En d'autres termes, le non-respect de cette clause, s'il implique d'autres participants, emporte à leur égard la qualification de pratique restrictive de concurrence, et à l'égard de celui qui est lié par l'accord, la double qualification d'inexécution contractuelle, puisqu'il ne respecte pas une clause de l'accord de distribution, et de pratique restrictive de concurrence, en tant que participant à la violation de la revente hors-réseau. L'assimilation de clauses à des pratiques restrictives de concurrence se trouve par conséquent consacrée par cette loi qui dépasse la distinction dans un objectif d'efficacité. La consécration allait être amplifiée par les modifications ultérieures.

155. Les pratiques restrictives de concurrence dans la réforme de 2001. Outre le fait que l'ordonnance ait été incluse dans le Code de commerce en 2000¹²², le droit des pratiques restrictives de concurrence, désormais inclus dans le Chapitre II du Titre IV du Livre IV de ce Code, a été modifié en 2001. Une loi, en effet, crée alors une Commission d'Examen des pratiques commerciales¹²³, et complète les textes relatifs à la transparence¹²⁴ et aux pratiques restrictives de concurrence. Sont créées trois nouvelles pratiques sanctionnées. Ainsi, se trouve en premier lieu prohibée la pratique consistant à « obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu »¹²⁵. La liste d'exemples donnée par le texte peut laisser penser qu'il s'agit d'atteindre une pratique de la grande distribution, la « corbeille de la mariée »¹²⁶. Mais, au-delà de la minutie du législateur pour atteindre spécifiquement cette pratique, le texte se donne pour objectif de réglementer la coopération commerciale entre fournisseurs et grands distributeurs. Sous ce terme, les distributeurs se font rémunérer par les fournisseurs pour des services de

¹²² Ord. n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce.

¹²³ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (ci-après dénommée « loi de 2001 »), art. 51, codifié aux articles L.440-1 et s. C. com.

¹²⁴ Art. 53 de la loi de 2001, codifiés aux art. L. 441-3 et s. C. com.

¹²⁵ Art. 56, 2° de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, I, 2°, a C. com.

¹²⁶ Le texte poursuit en effet : « Un tel avantage peut notamment consiste en la participation, non justifiée par un intérêt commun, et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins, ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Sur la pratique, v. : J. Zoughi : « L'article L.442-4 C. Com. après l'adoption de la loi NRE : La création de nouveaux délits civils », Revue Droit 21, 2002, Chr., AJ, 182, n°8, où l'auteur explique que cette pratique « intervient après le rapprochement d'enseignes de la grande distribution. Les distributeurs nouvellement unis demandent à leurs fournisseurs de contribuer au financement de l'évènement ».

promotions des produits ou de positionnement des produits dans les linéaires par exemple¹²⁷. Le texte appréhende ainsi précisément deux pratiques de la grande distribution. En deuxième lieu, la loi sanctionne par la responsabilité civile l'abus de la relation de dépendance d'un partenaire et l'abus de puissance d'achat ou de vente, par « la soumission à des conditions commerciales ou obligations injustifiées »¹²⁸. En troisième lieu, la loi soumet à la même sanction la soumission d'un partenaire à des « conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux »¹²⁹. La sanction de ces trois pratiques au titre des pratiques restrictives de concurrence consacre l'assimilation des clauses à des pratiques dans la matière. En effet, ces pratiques consistent matériellement à stipuler des clauses qui prévoient un avantage ne correspondant à aucun service effectivement rendu, ou à stipuler des clauses par abus de la relation de dépendance économique ou de la puissance d'achat ou de vente, ou encore à stipuler des clauses qui soumettent un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, au regard des bonnes pratiques. Outre cette assimilation, une autre pratique restrictive de concurrence créée par la loi de 2001 sanctionne par la nullité des clauses qui prévoient le bénéfice rétroactif de remises, ristournes ou accords de coopération commerciale¹³⁰, le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande¹³¹ ou l'interdiction de la cession de créances¹³². Ces clauses sont appréhendées sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, et peuvent être annulées. Le droit des pratiques restrictives de concurrence sanctionne désormais des clauses, à la fois indirectement, par les pratiques qui consistent à les stipuler, mais aussi directement, en les annulant.

156. Les pratiques restrictives de concurrence dans la réforme de 2005. Le droit des pratiques restrictives de concurrence a été à nouveau complété en 2005¹³³. Dans cette loi, sont réglementées les procédures d'enchères inversées à distance¹³⁴. La pratique d'obtention d'un avantage quelconque ne correspondant à aucun service effectivement rendu est complétée par un exemple supplémentaire selon lequel un « tel avantage peut également consister en une

¹²⁷ Sur cette pratique, v. : J. Zoughi : *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²⁸ Art. 56, 2° de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, I, 2°, b C. com.

¹²⁹ Art. 56, 5° de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, I, 7° C. com.

¹³⁰ Art. 56, 7° de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, II, a C. com.

¹³¹ Art. 56, 7° de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, II, b C. com.

¹³² Art. 56, 7° de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, II, c C. com.

¹³³ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, ci-après dénommée « loi de 2005 ».

¹³⁴ Art. 51 de la loi de 2005, codifié à l'art. L. 442-10 C. com ; V. aussi, le complément apporté par l'art. 49, III de la loi en cas d'enchères à distance au texte relatif à la rupture brutale des relations commerciales établies, art. L. 442-6, I, 5° C. com.

globalisation artificielle du chiffre d'affaires, ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients »¹³⁵. La pratique d'abus de relation de dépendance ou d'abus de puissance d'achat ou de vente se trouve également complétée par un exemple constitutif d'un tel abus, « le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque, s'il entrave l'accès des produits similaires aux points de vente »¹³⁶. Outre l'ajout de ces nouveaux exemples, destinés à appréhender spécifiquement des pratiques de la grande distribution, qui échappaient jusqu'alors à la législation sur les pratiques restrictives de concurrence, la loi crée une nouvelle pratique. Il s'agit de la pratique consistant à refuser ou à retourner des marchandises, ou encore à déduire d'office du montant de la facture des pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison, ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, et sans que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief¹³⁷. Cette pratique induisant une forme d'automaticité de la sanction ne permettait pas au fournisseur de vérifier la réalité du retard ou de la non-conformité.

157. Les pratiques restrictives de concurrence dans les réformes de 2008. En 2008, une double réforme a eu lieu s'agissant des pratiques restrictives de concurrence. D'abord, la loi de janvier 2008¹³⁸ complète la pratique d'abus de dépendance économique ou de puissance d'achat ou de vente par un nouvel exemple en ajoutant au texte : « notamment en lui imposant des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels »¹³⁹. Cette nouvelle pratique atteint les clauses pénales qui sont disproportionnées par rapport à l'inexécution contractuelle constatée, dans le cas spécifique d'un abus de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente. Est aussi désormais sanctionnée par la responsabilité civile de son auteur la pratique qui consiste à ne pas communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur qui en fait la demande¹⁴⁰. Ensuite, la loi d'août 2008¹⁴¹ apporte davantage de modifications. Elle abroge la seule disposition du texte de l'article L.442-6 du Code de commerce à être encore issue de l'ordonnance de 1986, celle relative aux discriminations¹⁴². Parallèlement, cette loi crée un certain nombre de pratiques restrictives de concurrence. Ainsi,

¹³⁵ Art. 49, I de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, I, 2°, a C. com.

¹³⁶ Art. 49, II, de la loi de 2001, codifié à l'art L.442-6, I, 2°, b. C. com.

¹³⁷ Art. 48, II de la loi de 2001, codifié à l'art. L. 442-6, I, 8° C. com.

¹³⁸ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, ci-après dénommée « loi de janvier 2008 ».

¹³⁹ Art 8, 1° de la loi de janvier 2008, codifié à l'art. L. 442-6, I, 2°, b C. com.

¹⁴⁰ Art. 8, 2° de la loi de janvier 2008, codifié à l'art. L. 442-6, I, 9° C. com.

¹⁴¹ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, ci-après dénommée « loi d'août 2008 ».

¹⁴² Art. 93, I, 1°, a de la loi d'août 2008.

est désormais sanctionné par la responsabilité de son auteur le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »¹⁴³. Cette loi remplace également, dans la pratique consistant à obtenir ou tenter d'obtenir sous la menace d'une rupture brutale de la relation commerciale, le terme « manifestement dérogatoires » aux conditions générales de vente, par le terme « manifestement abusives »¹⁴⁴. De plus, engage désormais sa responsabilité celui qui se livre à la pratique de refus de mention, sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur, du nom et de l'adresse du fabricant¹⁴⁵. Aussi, cette loi complète le dispositif créé en 2001, aboutissant à l'annulation de certaines clauses contractuelles considérées comme des pratiques restrictives de concurrence. Ainsi, outre les clauses déjà appréhendées, sont désormais nulles les clauses visant à bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes¹⁴⁶. Sont enfin nulles les droits de préférence sur la cession d'activité et les obligations de non concurrence post-contractuelles, obtenus des revendeurs sur une surface de vente inférieure à trois cents mètres carrés qu'un fournisseur approvisionne mais à qui il n'est pas lié par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire. De même, sont nulles les clauses visant à subordonner cet approvisionnement à une obligation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits d'une durée supérieure à deux ans¹⁴⁷. Par les deux lois de 2008, le législateur supprimant la pratique consistant à opérer des discriminations, crée trois nouvelles pratiques restrictives de concurrence, et ajoute deux clauses illicites appréhendées sur le fondement de ces pratiques. La pratique consistant à imposer des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties peut être analysée comme consacrant l'assimilation de clauses à des pratiques, même si cette assimilation existait dans les lois précédentes. Cette pratique appréhende directement les clauses contractuelles qui créent un déséquilibre, les qualifiant de pratiques restrictives de concurrence.

158. Les pratiques restrictives de concurrence spécifiques au secteur de l'agriculture, dans la loi de 2010. Trois nouvelles pratiques restrictives de concurrence ont été ajoutées à l'article L.442-6 du Code de commerce en 2010¹⁴⁸. Ces pratiques sont spécifiques au

¹⁴³ Art. 93, I, 1° c de la loi d'août 2008 ; cette nouvelle pratique remplaçant la pratique d'abus de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente qui existait jusqu'alors, codifié à l'art. L. 442-6, I, 2° C. com.

¹⁴⁴ Art. 93, I, 1°, d de la loi d'août 2008, codifié à l'art. L. 442-6, I, 4° C. com.

¹⁴⁵ Art. 93, I, 1°, e de la loi d'août 2008, codifié à l'art. L. 442-6, I, 10° C. com.

¹⁴⁶ Art. 93, I, 2° de la loi d'août 2008, codifié à l'art. L. 442-6, II, d C. com.

¹⁴⁷ Art. 93, I, 2° de la loi d'août 2008, codifié à l'art. L. 442-6, II, e C. com.

¹⁴⁸ Loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche, ci-après dénommée « loi de 2010 ».

secteur de la distribution des fruits et légumes, et concernant l'annonce de prix hors des lieux de vente¹⁴⁹, le transport de ces produits non-muni du bon de commande¹⁵⁰, et le fait de bénéficier de rabais, remises et ristournes pour l'achat de ces produits¹⁵¹. Cette loi prévoit également un certain nombre de règles spécifiques au secteur de l'agriculture, en matière de transparence¹⁵², mais aussi un contrat de vente de produits agricoles écrit, comportant des mentions obligatoires, sous peine de sanctions pénales¹⁵³. Ces dispositions sectorielles, incluses dans le droit des pratiques restrictives de concurrence, concernent notamment les relations entre le secteur de l'agriculture et la grande distribution pour les produits non-transformés.

159. Les pratiques restrictives de concurrence dans la loi relative à la consommation de 2014. Bien que relative à la consommation, la loi de 2014¹⁵⁴ comporte un certain nombre de dispositions relevant du droit des pratiques restrictives de concurrence. D'abord, cette loi supprime la disposition relative aux délais de paiement¹⁵⁵, pour regrouper la législation relative à ces délais dans une disposition intégrée dans le chapitre consacré à la transparence, et sanctionner d'une amende administrative le non-respect de ces délais de paiement, et non plus seulement par la responsabilité civile¹⁵⁶. Pour autant, le texte prend soin de préciser que « toutes clauses ou pratique ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement » sont interdites¹⁵⁷. De même, il est précisé que des stipulations contractuelles relatives à la durée de la procédure d'acceptation sont possibles « pourvu que cela ne constitue pas une clause ou une pratique abusive »¹⁵⁸. En modifiant le chapitre dans lequel se trouve la sanction du non-respect des délais de paiement, la loi de 2014 tire les conséquences de l'assimilation des clauses et des pratiques en la matière, en ne les distinguant pas et en les soumettant aux mêmes sanctions pénales. De même, la loi apporte une précision dans le texte relatif à la convention écrite annuelle conclue entre fournisseurs et distributeurs, précisant que la convention « indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6 en vue de fixer le prix à l'issue de la

¹⁴⁹ Loi de 2010, art. 14, II, codifié à l'art. L. 442-6, I, 11° C. com.

¹⁵⁰ Loi de 2010, art. 14, II, codifié à l'art. L. 442-6, I, 12° C. com.

¹⁵¹ Loi de 2010, art. 14, II, codifié à l'art. L. 442-6, I, 13° C. com.

¹⁵² Loi de 2010, art. 13, codifié à l'art. L. 441-2 et s, et L. 441-3-1 C. com.

¹⁵³ Loi de 2010, art. 12, codifié aux art. L.631-24 et s. C. rural et de la pêche maritime.

¹⁵⁴ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, ci-après dénommée « loi de 2014 ».

¹⁵⁵ Art. 123, V de la loi de 2014.

¹⁵⁶ Art. 123, III de la loi de 2014, codifié à l'art. L. 441-6, I C. com. ; V. aussi, sur les délais de paiement, art. L. 443-1, qui régleme la durée maximale de ces délais, au sein du chapitre consacré aux autres pratiques prohibées.

¹⁵⁷ Art. 123, III de la loi de 2014 codifié à l'art. L. 441-6, VI, al. 2 C. com.

¹⁵⁸ Art. 123, II, 2° de la loi de 2014, codifié à l'article L. 441-6, IV C. com.

négociation commerciale »¹⁵⁹. Cette disposition achève de démontrer que l'assimilation des clauses et des pratiques est désormais totale puisque la négociation des clauses doit se faire en respectant le principal texte relatif aux pratiques restrictives de concurrence. Une disposition de la loi prévoit également, notamment pour les produits agricoles, une clause de renégociation du prix permettant la prise en compte des fluctuations du marché¹⁶⁰. Le texte prévoit à la fois l'obligation de stipuler la clause, mais aussi son contenu, son résultat qui consiste en une renégociation, ainsi que les règles dans lesquelles a lieu cette renégociation. Le fait de ne pas prévoir la clause est sanctionné d'une amende administrative. Il s'agit par conséquent d'une nouvelle pratique restrictive de concurrence, qui consiste en ne pas prévoir une clause de renégociation alors que la loi l'impose, ou de ne pas respecter le contenu de cette clause ou les modalités de la renégociation qui en résulte. A nouveau, la loi tire les conséquences de l'assimilation des clauses et des pratiques. Enfin, la loi de 2014 déplace deux dispositions de l'article L.442-6, I du Code de commerce issues de la loi de 2010¹⁶¹, et les sanctionne désormais d'une amende administrative¹⁶². La loi ajoute cependant un exemple à la pratique d'obtention d'un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu, celui consistant en une « demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité »¹⁶³. La loi crée par ailleurs une pratique restrictive de concurrence, qui consiste à « passer, régler ou facturer une commande à un prix différent du prix convenu en application du barème des prix unitaires »¹⁶⁴. La loi de 2014 opère ainsi une reclassification des pratiques restrictives en sanctionnant d'une amende administrative un certain nombre de pratiques qui se trouvaient jusqu'alors sanctionnées par la responsabilité civile, et ajoute également une pratique et un exemple de pratique supplémentaires aux pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Une loi de 2015 créera une nouvelle sanction pour les pratiques visées par cet article¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Art. 125, I de la loi de 2014, codifié à l'art. L. 441-7, I C. com. ; Art. 126 de la loi de 2014, codifié à l'art. L. 441-9 C. com. et reprenant la même précision s'agissant de la convention écrite conclue pour l'achat de produits manufacturés fabriqués sur demande de l'acheteur.

¹⁶⁰ Art. 125, II de la loi de 2014, codifié à l'art. L. 441-8 C. com.

¹⁶¹ Art. 122, III de la loi de 2014 abrogeant les 12° et 13° de l'art. L. 442-6, I C. com.

¹⁶² Art. 122, II de la loi de 2014, codifié à l'art. L. 441-3-1 C. com. et art. 122, I de la loi de 2014, codifié à l'art. L. 441-2-2 C. com.

¹⁶³ Art. 125, III, 1° de la loi de 2014, codifié à l'art. L. 442-6, I, 1° C. com.

¹⁶⁴ Art. 125, III, 2° de la loi de 2014, codifié à l'art. L. 442-6, I, 12° C. com.

¹⁶⁵ Cf. loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, spéc. art. 34, qui prévoit, au sein de l'art. L. 442-6, III que l'amende civile peut être portée, « de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 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 mentionnées au présent article ont été mises en œuvre ».

160. Evolution du droit des pratiques restrictives de concurrence. L'étude des lois relatives aux pratiques restrictives de concurrence révèle que les réformes ne sont pas nécessairement plus fréquentes après l'ordonnance de 1986, par rapport à la période précédant ce texte. Pour autant, dans la période récente, ces réformes restent relativement nombreuses¹⁶⁶, en moyenne, tous les trois ans depuis 1996, et leur ampleur, c'est-à-dire le nombre de dispositions modifiées ou ajoutées, est plus important qu'avant l'ordonnance de 1986. Loi après loi, il est possible de constater que l'assimilation des clauses et des pratiques s'est réalisée par étapes, pour être aujourd'hui pleinement réalisée. Les origines de la matière laissent en effet transparaître les fondements de l'assimilation des clauses à des pratiques, même si aucune clause n'est expressément visée par la matière avant la loi de 1996. Depuis cette date, en revanche, le nombre de clauses ou de pratiques mises en œuvre à l'occasion d'un rapport contractuel, atteintes par le droit des pratiques restrictives de concurrence n'a cessé de croître. L'assimilation se retrouve ainsi résolument dans la lettre du droit des pratiques restrictives de concurrence, mais résulte aussi des objectifs de cette matière.

B. Les objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence.

161. Pluralité d'objectifs. Le droit des pratiques restrictives de concurrence ne répond pas à un objectif unique, mais davantage à une pluralité d'objectifs. L'ordonnance de 1967 situe la matière au stade de la distribution, et le droit des pratiques anticoncurrentielles au stade de la production, pour donner l'objectif de lutter contre « la nocivité de certains comportements »¹⁶⁷. Les lois intervenues en droit des pratiques restrictives de concurrence se donnent pour objectif le respect d'une certaine éthique des affaires, ce qui, probablement, justifie une réglementation qui s'étend à la fois aux pratiques des professionnels, mais également aux situations dans lesquelles les professionnels sont contractants. Mais, ces lois tendent également à favoriser les petits professionnels, et prennent également en compte le consommateur final ainsi que le prix final des produits. De même, il est parfois affirmé un objectif de développement de l'emploi et de la croissance pour le droit des pratiques restrictives de concurrence.

162. L'objectif de respect d'une certaine éthique des affaires. A la lecture des différentes lois, mais aussi des rapports qui sont intervenus en droit des pratiques restrictives de concurrence, un des principaux objectifs apparaît être le respect d'une certaine éthique des

¹⁶⁶ Le nombre et la fréquence des réformes ont été critiqués en doctrine, sur ce point, Cf. *Infra*, n°26.

¹⁶⁷ Rapport au président de la République de l'ordonnance n°67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence.

affaires, dans les relations entre producteurs et distributeurs. Nombreux sont les textes qui mentionnent la « loyauté »¹⁶⁸, « l'assainissement de la concurrence »¹⁶⁹, la répression des « comportements abusifs »¹⁷⁰ ou des « excès auxquels peuvent conduire certaines pratiques commerciales »¹⁷¹, et la nécessité d'une plus grande transparence des négociations commerciales et de leur résultat¹⁷². Des textes mentionnent également la « moralisation »¹⁷³ des pratiques commerciales, ou encore leur « modernisation »¹⁷⁴. L'ensemble de ces objectifs participent de la volonté du législateur d'instiller dans ses réformes une certaine éthique des affaires qui aboutit à réglementer les négociations commerciales ainsi que leur résultat. Les négociations se doivent d'être menées loyalement, sans comportement abusif, et leur résultat doit être transparent, c'est-à-dire contrôlable. Le droit spécial paraît sur ce point pallier l'insuffisance du droit commun qui, connaissant la loyauté contractuelle, ne permet pas de sanctionner efficacement les pratiques déloyales¹⁷⁵. L'ensemble aboutit à une « modernisation » des relations commerciales, un terme qui remplace celui de « moralisation »,

¹⁶⁸ Le terme « loyauté » apparaît dans le titre de l'ord. n°67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, mais aussi dans le titre de la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 relative à la loyauté et à l'équilibre des relations commerciales.

¹⁶⁹ Le terme « assainissement », employé à l'égard des pratiques restrictives de concurrence l'a été dans l'ord. n°67-835 du 28 septembre 1967, Titre 1^{er}, mais également dans le Rapport « Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce », Paris : La Documentation française, 2004, où un chapitre est consacré à cet assainissement, p. 93.

¹⁷⁰ L'objectif d'atteinte des « comportements abusifs » par la législation a été affirmé dès l'ord. de 1967 qui se donne pour but d'atteindre « la nocivité de certains comportements » ; puis a été réaffirmé dans le Rapport de J.-J. Robert sur le projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales de 1996, dans l'introduction, ainsi que dans les propositions du rapport : « C'est sur des pressions excessives liées à des comportements abusifs que le projet de loi doit avoir un impact » ; puis dans le rapport « Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs » de P. Rey et J. Tirole, Paris : La documentation française, 2000, qui mentionne les pratiques abusives (p. 8) et les pratiques peu conformes aux normes commerciales (p. 8).

¹⁷¹ Rapport au président de la République de l'ordonnance de 1967.

¹⁷² L'exigence de transparence transparait dans un grand nombre de lois adoptées dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence : Ord. de 1986 qui contient un Titre IV consacré à la « transparence et aux pratiques restrictives de concurrence » ; puis, les lois de 1996, de 2001, de 2005, de 2008 et de 2014 ont apporté des compléments et des modifications aux dispositions relatives à la transparence ; La transparence se retrouve également dans la Circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs ; V. aussi : Rapport précité « Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce », p. 106, 155, concernant la coopération commerciale, même si ce rapport propose de rester mesuré en la matière (p.100). S'ajoute à cette exigence de transparence l'action du législateur menée à l'encontre des marges arrières des distributeurs, réputées opaques, v. Rapport précité, p. 33, où la transparence souhaitée de la coopération commerciale implique celle des marges arrière qui en sont partie intégrante.

¹⁷³ Rapport précité de J.-J. Robert sur le projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, 1996 : « L'ensemble de ces dispositions contribueront au rétablissement d'une concurrence plus loyale et plus équilibrée et d'une nouvelle « morale » commerciale » ; J.-Y. Le Déaut, J.-P. Charié : Rapport d'information parlementaire sur « l'évolution de la distribution », 2000, spéc. p. 15 : « la mission propose de réguler et de moraliser les rapports contractuels » ; Loi de 2001, dont le Titre 1^{er} est nommé « Moralisation des pratiques commerciales ».

¹⁷⁴ Le terme est employé plus récemment dans la loi de 2005 dont le Titre VI est intitulé « modernisation des pratiques commerciales », mais aussi dans la loi LME de 2008, de modernisation de l'économie, ou encore dans la loi de 2010 de « modernisation de l'agriculture et de la pêche maritime ».

¹⁷⁵ Cf. *Infra*, n°104 et s.

mais, à n'en pas douter, pour demeurer dans le même esprit, le respect d'une certaine éthique des affaires. Cette éthique n'est pas précisément décrite par le législateur, mais la loi prévoit une série de dispositions pour sanctionner son non-respect lorsque celui-ci se matérialise par la mise en œuvre de pratiques restrictives de concurrence. Cet objectif justifie donc que soient appréhendées les clauses contractuelles qui seraient contraires à cette éthique des affaires, mais aussi, plus généralement les pratiques que les professionnels pourraient mettre en place à l'occasion d'un contrat.

163. L'objectif de protection des « petits professionnels »¹⁷⁶. L'objectif de protection des petits professionnels, par la réglementation en matière de pratiques restrictives de concurrence, apparaît relativement important. Il s'agit de la prise en considération des petites et moyennes entreprises dans leurs relations avec la grande distribution, et en particulier les centrales d'achat. Cet objectif paraît résulter d'un mouvement important de concentration des centrales d'achat dans le secteur de la grande distribution, à la fin des années 1990¹⁷⁷. Le nombre réduit de grands distributeurs et leur taille était sans commune mesure avec le nombre de fournisseurs, et leur taille, qui peut ne pas dépasser celle d'une petite entreprise. Fort de ce constat, le législateur a adopté une pratique restrictive de concurrence qui sanctionne les abus de dépendance, ou de puissance d'achat ou de vente¹⁷⁸, mais favorise aussi l'équilibre de la relation commerciale¹⁷⁹, et la protection des petites et moyennes entreprises¹⁸⁰, ou encore des

¹⁷⁶ Sur ce point, v. : D. Voinot : « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris : Montchrestien, Editions Lextenso, 2012, p. 565-578, spéc. p. 573 et s. ; Adde : D. Mazeaud : « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris : Dalloz, Coll. Etudes, mélanges travaux, 2013, p. 517-532 ; S. Le Gac-Pech : « Bâtir un droit des contractants vulnérables », RTD Civ., 2014, p. 581.

¹⁷⁷ Sur ce point, v. J.-Y. Le Déaut, J.-P. Charié : Rapport d'information parlementaire sur « l'évolution de la distribution », rapport précité, p. 13.

¹⁷⁸ La loi de 2001 crée la pratique d'abus de dépendance économique ou de puissance d'achat ou de vente au sein des pratiques restrictives de concurrence, c'est-à-dire sans besoin de démontrer une atteinte à la concurrence sur un marché, comme c'est le cas pour la pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique.

¹⁷⁹ Cf. *Supra*, n°107 ; Le rapport de J.-J. Robert sur le projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales de 1996 se propose de « garantir un meilleur équilibre dans les relations commerciales », alors que le « déséquilibre est reconnu et dénoncé » (I) ; La loi de 1996 est intitulée relative à la loyauté et à l'équilibre des relations commerciales ; Rapport d'information précité « sur l'évolution de la distribution » p. 88 : « Les rapports entre la distribution et l'industrie n'ont jamais été équilibrés », p. 106 : « Le Parlement doit veiller à ce que le système commercial français soit équilibré », p. 118 : « une correcte application de la loi [...] permettrait [...] de rééquilibrer les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs » ; Rapport de M.-D. Hagelsteen : « La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente », p. 40 où il est proposé de « favoriser l'élaboration d'un cadre permettant de rééquilibrer les relations entre les fournisseurs, notamment les petites et moyennes entreprises, et les distributeurs » ; Adoption de la pratique consistant à soumettre un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif avec la loi LME d'août 2008.

¹⁸⁰ Les petites et moyennes entreprises sont souvent au cœur des préoccupations des rapports qui sont intervenus en matière de pratiques restrictives de concurrence : Rapport d'information précité « sur l'évolution de la distribution », p. 14 où les rédacteurs précisent que « le développement de pratiques commerciales illégales ont de graves conséquences sur la santé économique des exploitations agricoles ou des PME et PMI » ; mais aussi p. 88 que le « duel de géants entre multinationales productrices de bien de consommation et groupes de distribution a

entreprises agricoles¹⁸¹. Dans cette optique, le législateur a pu prévoir un certain nombre de pratiques qui sont particulièrement spécifiques à ces relations de la chaîne de distribution, et qui se traduisent en particulier par la souscription, par le fournisseur, d'engagements contractuels. Les pratiques qui sont alors prohibées sont celles qui consistent, pour schématiser, à inciter les cocontractants à souscrire ces engagements, ou à les faire appliquer. L'objectif implique alors une assimilation de certaines clauses contractuelles à des pratiques, dans l'objectif de les sanctionner, et de protéger les petits professionnels de ces engagements.

164. L'objectif résiduel d'action sur les prix et la prise en compte du consommateur. Malgré l'adoption de l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, il peut arriver que certains textes aient pour objectif une action sur les prix à la consommation, dans l'objectif de préservation du pouvoir d'achat des consommateurs¹⁸². Le raisonnement consiste à assimiler certaines pratiques mises en œuvre par des professionnels à des hausses de prix à l'égard du consommateur¹⁸³. Mais, il est également considéré que le droit des pratiques restrictives de concurrence doit permettre la prise en considération du consommateur¹⁸⁴, et par exemple que les négociations relatives aux prix des produits lui bénéficient¹⁸⁵. L'objectif conduit à une volonté d'action sur les prix par les lois successives relatives aux pratiques restrictives de concurrence. Il ajoute par ailleurs à l'objectif de respect d'une certaine éthique des affaires et à la protection des petits professionnels, la protection des consommateurs qui sont amenés à contracter avec ces professionnels, mais aussi la préservation de leur pouvoir d'achat. Ces objectifs semblent dépasser le strict cadre des pratiques restrictives de concurrence, et constituent ainsi les buts résiduels d'une matière qui a vocation à régir les rapports entre professionnels, notamment dans le cadre de la distribution

lieu au détriment des PME ; Rapport précité « Restaurer la concurrence par les prix », p. 50 où est pointée la « fragilité des PME » face à la grande distribution, p. 75 où les auteurs estiment qu'il faudrait prendre en considération l'impératif de « protection des PME » ; Rapport de la Commission pour la libéralisation de la croissance, Paris : XO Editions, La documentation française, 2008, p. 147 où il est fait le constat de « fournisseurs indépendants fragilisés, et d'un commerce de détail peu protégé » ; Pour autant, une protection spécifique à leur égard n'est pas prévue par la loi en matière de pratiques restrictives de concurrence.

¹⁸¹ V. la loi de 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche maritime incluant dans l'article L.442-6 du Code de commerce des pratiques restrictives de concurrence spécifiques à ce domaine.

¹⁸² L'objectif apparaît régulièrement depuis la circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs (introduction) ; Rapport précité de la Commission pour la libéralisation de la croissance, p. 145 où il est estimé que la loi de 1996 a contribué à une perte de pouvoir d'achat.

¹⁸³ V. l'intitulé du rapport précité : « Restaurer la concurrence par les prix », et p. 53 et s. où le seuil de revente à perte est analysé comme étant au détriment du consommateur ; Rapport précité : « La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente », 2008.

¹⁸⁴ V. l'intitulé de la loi n°2008-3 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

¹⁸⁵ Rapport précité : « Restaurer la concurrence par les prix », p. 53 où le rapport estime que l'équilibre est réalisé « au détriment du consommateur », le consommateur apparaissant comme la « victime d'un mécanisme dont l'un des facteurs déterminants est le mode de fixation du seuil de revente à perte » (p. 73).

des produits. Certains textes se donnent aussi un objectif de favorisation de l'emploi et de la croissance.

165. L'objectif indirect de favorisation de l'emploi et de la croissance. Les objectifs de favorisation de l'emploi¹⁸⁶ et de la croissance¹⁸⁷ ont été accolés au droit des pratiques restrictives de concurrence. Ces objectifs ne peuvent être qu'indirects au sein d'une matière qui a vocation à régir les rapports entre professionnels. Il s'agit schématiquement de la prise en compte de la situation macroéconomique de la France, constituée d'un chômage ascendant et d'une croissance faible, dans les différents rapports rendus en matière de pratiques restrictives de concurrence depuis le milieu des années 1990. En 2008, le législateur a indiqué explicitement qu'il voyait dans la concurrence un levier de croissance¹⁸⁸, en y intégrant par ailleurs la protection du consommateur et les règles relatives aux négociations commerciales¹⁸⁹. Ce double objectif apparaît plus indirect, comme la conséquence des règles énoncées par le législateur. Ainsi, en interprétant *a contrario* le Titre II de la loi de 2008, il ressort que sont prévues des règles relatives à la protection des consommateurs, et des règles relatives aux négociations commerciales et aux pratiques restrictives de concurrence, le tout devant participer à la croissance. Il n'est ainsi pas envisageable de donner au droit des pratiques restrictives de concurrence, pris isolément, un objectif de favorisation de l'emploi et de la croissance. Cependant, il peut être vu comme y contribuant, à l'instar d'autres réglementations. Il faut en conséquence procéder à une hiérarchie des objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence.

166. La hiérarchie des quatre principaux objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence. L'objectif d'assurer une certaine loyauté des rapports entre professionnels, et notamment entre producteurs et distributeurs a été le premier objectif de la législation sur les pratiques restrictives de concurrence. L'objectif de protection des professionnels de petite et de moyenne taille est apparu ensuite, avec la concentration des centrales d'achats, qui contraste avec la taille parfois relativement modeste de certains de leurs fournisseurs. Pour autant, les objectifs d'action sur les prix, de préservation du pouvoir d'achat, ou encore de protection du consommateur par cette législation apparaissent plus originaux. Il

¹⁸⁶ Rapport de J.-J. Robert précité sur le projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales : « La concurrence loyale et équilibrée est une meilleure garante de l'emploi » ; Rapport précité : « Restaurer la concurrence par les prix », p. 73 ; l'incidence négative sur l'emploi de la législation sur l'équipement commercial est pointée dans le même rapport, p. 115 ;

¹⁸⁷ La loi d'août 2008 contient un Titre II intitulé « la concurrence comme nouveau levier de croissance ».

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ Ces deux éléments forment les chapitres 1^{er} et 2^{ème} du Titre II de la loi d'août 2008.

en va de même pour les objectifs de développement de l'emploi ou encore de contribution à la croissance économique de cette législation. Sans doute ces objectifs dépassent la seule réglementation sur les pratiques restrictives de concurrence, puisqu'il est peu évident de constater la réalité de l'action de cette réglementation sur l'emploi par exemple. Le consommateur se trouve protégé par ailleurs, et il convient de ne pas confondre entre la législation consumériste et la législation destinée à régir les rapports entre professionnels. Quant à la préservation du pouvoir d'achat des consommateurs, sans doute le droit des pratiques anticoncurrentielles, destiné à maintenir la concurrence sur un marché, est-il mieux à même d'y satisfaire que le droit des pratiques restrictives de concurrence. Cependant, il semble que le législateur cherche à atteindre les négociations tarifaires annuelles qui ont lieu entre fournisseurs et distributeurs, afin d'éviter que celles-ci n'aboutissent à de trop fortes augmentations de tarifs. Ce faisant, il tente d'agir au niveau de la contractualisation de la hausse tarifaire, alors même que celle-ci résulte du prix du marché, fonction de la concurrence qui existe sur ledit marché.

Finalement, les objectifs favorables au pouvoir d'achat, à l'emploi, au consommateur et à la croissance semblent ressortir du contexte économique actuel, et sont à n'en pas douter, conjoncturels, ce qui n'est pas le cas des objectifs de protection des professionnels de taille petite ou moyenne, ou de loyauté des rapports entre professionnels qui gouvernent la matière depuis plusieurs décennies. Ces sont ces objectifs principaux qui justifient une appréhension, sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, de clauses contractuelles qui seraient contraires à la loyauté entre professionnels, ou qui pénaliseraient de manière injustifiée les petits professionnels.

167. L'efficacité recherchée par assimilation de clauses à des pratiques. L'efficacité que recherche le législateur en adoptant les lois relatives aux pratiques restrictives de concurrence, de façon à répondre aux objectifs susmentionnés, commande une assimilation des clauses et des pratiques. En effet, un nombre important de pratiques sanctionnées sont mises en place dans un contexte contractuel, ou encore à l'occasion d'un contrat entre deux professionnels. D'autres visent même directement des clauses ou des obligations contractuelles. Le législateur, suivant ses objectifs, ne s'attarde pas sur le point de savoir s'il atteint une pratique en tant que comportement ou s'il atteint, via une pratique, une clause d'un contrat. Tirant les conséquences des règles relatives à la transparence qui imposent la conclusion régulière de contrats, en particulier dans les relations entre fournisseurs et

distributeurs¹⁹⁰, la loi appréhende des pratiques qui peuvent avoir des effets au sein même de ces contrats. Si une pratique prohibée a conduit à la stipulation d'une clause de ce contrat, elle pourra être critiquée, et la clause qui la matérialise pourra être atteinte. L'assimilation des clauses et des pratiques est ainsi pleinement réalisée dans la lettre du droit des pratiques restrictives de concurrence.

§2 : L'assimilation de clauses à des pratiques dans la lettre du droit des pratiques restrictives de concurrence.

168. Annonce. Il ne fait plus guère de doute que l'assimilation des clauses et des pratiques restrictives de concurrence est pleinement réalisée dans l'esprit du droit des pratiques restrictives de concurrence. Il n'en demeure pas moins utile de s'intéresser à la lettre des dispositions de cette branche du droit (A), qui dépasse la distinction entre les clauses et les pratiques (B).

A. La lettre du droit des pratiques restrictives de concurrence.

169. Le champ du droit des pratiques restrictives de concurrence. A la lecture du Code de commerce, il apparaît qu'un Chapitre est consacré aux pratiques restrictives de concurrence. Cependant, et malgré l'intitulé de celui-ci qui tend à l'exhaustivité, il ne semble pas que le droit des pratiques restrictives de concurrence dans son entièreté se situe dans le Chapitre. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, procédant à une assimilation des clauses à ces pratiques, peut ainsi être vu *stricto sensu* (1), mais aussi *lato sensu* (2).

1. Le droit des pratiques restrictives de concurrence *stricto sensu*.

170. Le droit des pratiques restrictives de concurrence selon le plan du Code de commerce. En se fiant au plan du Code de commerce, le droit des pratiques restrictives de concurrence fait l'objet au sein du Titre IV consacré à la « transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées » du Livre IV intitulé « de la liberté des prix et de la concurrence », d'un Chapitre II. Ce chapitre comporte un nombre de dispositions relativement importantes qui appréhendent, selon l'intitulé, des pratiques. Parmi ces pratiques, il est possible de distinguer en fonction des sanctions que la loi prévoit, qui peuvent être pénales ou civiles.

¹⁹⁰ Cf. not. la convention écrite et annuelle prévue par l'art. L. 441-7 C. com., qui doit indiquer les obligations auxquelles se sont engagées les parties dans le respect de l'article L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale.

171. Les pratiques restrictives de concurrence pénalement sanctionnées. Parmi les pratiques visées par le Chapitre II, certaines se trouvent pénalement sanctionnées. Il en va ainsi des pratiques de vente avec primes, de refus de vente et de vente liée¹⁹¹, pour lesquelles il est renvoyé à la législation consumériste. Une peine d'amende est ensuite prévue pour les pratiques de revente à perte¹⁹², de même que pour les pratiques d'imposition d'un prix minimal de revente¹⁹³. Enfin, une peine d'amende est prévue pour l'utilisation irrégulière du domaine public de l'Etat¹⁹⁴. Il ne fait guère de doute que sont appréhendées dans ces cas des pratiques mises en place par des professionnels, mais non des clauses. La législation relative aux pratiques restrictives de concurrence traite des clauses lorsqu'elle s'intéresse à d'autres pratiques, celles sanctionnées par une sanction civile, la responsabilité civile de celui qui met en place la pratique.

172. Les pratiques restrictives de concurrence civilement sanctionnées. A l'évocation des pratiques restrictives de concurrence, l'article L.442-6 du Code de commerce est le texte qui vient immédiatement à l'esprit. S'il n'est pas le seul de la matière, il n'en demeure pas moins le plus important quantitativement, puisqu'il s'agit du seul texte à mentionner diverses pratiques, pour les sanctionner civilement, par la responsabilité, ou par la nullité des clauses ou des contrats en cause¹⁹⁵. C'est pourquoi il est possible de parler de pierre angulaire du droit des pratiques restrictives de concurrence à l'égard de ce texte. Cet article mentionne un certain nombre de pratiques, qui peuvent être mises en place dans le contexte d'une relation contractuelle entre deux professionnels, en particulier dans le cadre d'un contrat de distribution. Ainsi, avant la conclusion d'un tel contrat, ou en cas de renégociation, sont sanctionnées les pratiques consistant à obtenir un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu¹⁹⁶, à soumettre un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁹⁷, d'obtenir un avantage préalable à la passation de commande sans engagement sur le volume d'achat¹⁹⁸, de même que

¹⁹¹ Art. L. 442-1 C. com.

¹⁹² Art. L. 442-2 à L.442-4 C. com.

¹⁹³ Art. L. 442-5 C. com.

¹⁹⁴ Art. L. 442-8 C. com.

¹⁹⁵ Si d'autres sanctions sont possibles, en particulier en raison du fait que certaines sanctions spécifiques peuvent être demandées par le Ministre chargé de l'économie ou par le ministère public, qui sont titulaire d'une action dès lors qu'ils ont connaissance de ces pratiques, les sanctions civiles sont les sanctions applicables dans les situations où un professionnel s'estime victime d'une pratique restrictive de concurrence.

¹⁹⁶ Art. L. 442-6, I, 1° C. com.

¹⁹⁷ Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

¹⁹⁸ Art. L. 442-6, I, 3° C. com.

la pratique consistant à ne pas communiquer ses conditions générales de vente¹⁹⁹. En cours d'exécution dudit contrat, est sanctionnée le pratiques consistant à obtenir des conditions abusives sous menace d'une rupture brutale des relations commerciales²⁰⁰, la pratique consistant à rompre brutalement les relations commerciales établies²⁰¹, ainsi que celle qui consiste à participer à la violation de l'interdiction de revente hors-réseau²⁰², la pratique consistant à refuser la marchandise ou à la retourner ou d'en déduire le montant de la facture pour non-respect de la date de livraison ou non-conformité si la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, et si le fournisseur n'a pas pu vérifier le grief²⁰³, et enfin la pratique consistant à régler une facture à un prix différent du prix convenu²⁰⁴. Des pratiques semblent être atteintes dans le but de protéger, tant le consommateur que certains fournisseurs comme les agriculteurs ou les fournisseurs de produits sous marque de distributeur, tel est le cas de la pratique consistant à refuser de mentionner le nom du fournisseur du produit commercialisé sous marque de distributeur²⁰⁵, ou de la pratique consistant à annoncer des prix sur les fruits et légumes frais hors des lieux de vente²⁰⁶. Enfin, est prévue une liste de clauses ou contrats nuls, soit des situations dans lesquelles sera qualifiée de pratiques restrictives de concurrence la stipulation d'une obligation. Il en va ainsi des clauses visant au bénéfice rétroactif de remises, ristournes ou accords de coopération commerciale²⁰⁷, de celles imposant le paiement d'un droit d'accès au référencement avant toute commande²⁰⁸, de celles interdisant la cession de créances à son cocontractant²⁰⁹, ou encore de celles consistant à prévoir de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux concurrents²¹⁰. C'est encore le cas de la clause consistant à obtenir un droit de préférence sur la cession ou le transfert d'une activité exploitée dans un commerce de moins de trois-cents mètres carrés, en imposant une obligation de non-concurrence post-contractuelle, ou en subordonnant l'approvisionnement d'un tel revendeur à une clause d'exclusivité d'une durée égale ou supérieure à deux ans²¹¹. Parmi les pratiques restrictives de concurrence civilement sanctionnées, se trouvent indifféremment des pratiques consistant en des faits juridiques, des comportements, et des pratiques consistant en la

¹⁹⁹ Art. L. 442-6, I, 9° C. com.

²⁰⁰ Art. L. 442-6, I, 4° C. com.

²⁰¹ Art. L. 442-6, I, 5° C. com.

²⁰² Art. L. 442-6, I, 6° C. com.

²⁰³ Art. L. 442-6, I, 8° C. com.

²⁰⁴ Art. L. 442-6, I, 12° C. com.

²⁰⁵ Art. L. 442-6, I, 10° C. com.

²⁰⁶ Art. L. 442-6, I, 11° C. com.

²⁰⁷ Art. L.442-6, II, a) C. com.

²⁰⁸ Art. L.442-6, II, b) C. com.

²⁰⁹ Art. L.442-6, II, c) C. com.

²¹⁰ Art. L.442-6, II, d) C. com.

²¹¹ Art. L.442-6, II, e) C. com.

stipulation de clauses ou de contrats entre deux parties. Le droit des pratiques restrictives de concurrence *stricto sensu* ne constitue qu'une partie du droit des pratiques restrictives de concurrence, qui dépasse le strict cadre du Chapitre II du Livre IV du Code de commerce.

2. Le droit des pratiques restrictives de concurrence *lato sensu*.

173. Le droit des pratiques restrictives de concurrence au-delà du plan du Code de commerce. Se pose la question de savoir si l'intégralité du droit des pratiques restrictives de concurrence se trouve dans le Chapitre ainsi intitulé du Code de commerce. Les pratiques restrictives de concurrence constituent un ensemble de règles posant des interdictions de certaines pratiques commerciales, généralement mises en place entre deux professionnels contractants ou non, indépendamment de leur effet sur la concurrence²¹². A la lecture de cette définition et des dispositions du Code de commerce consacrées à la liberté des prix et à la concurrence, la réponse à la question apparaît négative. En effet, le Livre IV du Code de commerce contient également deux autres Chapitres, l'un consacré à la transparence, et l'autre aux « autres pratiques prohibées »²¹³.

174. La réalité des « autres pratiques prohibées ». Dans le chapitre III, se trouvent des dispositions relatives aux délais de paiement²¹⁴, ainsi que l'interdiction d'opérer une hausse ou une baisse artificielle du prix de biens ou services²¹⁵. Le législateur prend soin de ne pas qualifier ces pratiques de pratiques restrictives de concurrence. Jusqu'en 2014, l'article L. 442-6 du Code de commerce comprenait une disposition relative aux « conditions de règlement manifestement abusives », qui a été déplacée²¹⁶. De même, le fait d'opérer une hausse ou une baisse artificielle des prix représente une disposition qui pourrait être qualifiable de pratique restrictive de concurrence, d'autant que le texte semble avoir été pris pour saisir des pratiques mises en place en cas d'enchères inversées à distance. Dans ces deux cas, les pratiques atteintes sur le fondement des autres pratiques prohibées sont à même d'entrer dans la définition des pratiques restrictives de concurrence, puisqu'il s'agit de pratiques commerciales, qui sont mises en place entre professionnels, nécessairement cocontractants dans le cas du non-respect des délais de paiement, interdites par la loi indépendamment de leur effet sur la concurrence. Il s'ensuit que ce que le législateur nomme « autres pratiques prohibées » constituent ni plus ni

²¹² Sur cette définition, Cf. *Supra*, n°22.

²¹³ Chapitre 3 du Livre IV C. com.

²¹⁴ Art. L. 443-1 C. com.

²¹⁵ Art. L. 443-2 et s. C. com.

²¹⁶ Art. 123, V de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation ; cette disposition figure aujourd'hui à l'art. L. 441-6, I, al. 5. C. com.

moins que des pratiques qui peuvent être restrictives de concurrence, et que le terme « autres pratiques prohibées » qui pourrait regrouper des pratiques différentes, mais néanmoins interdites, se trouve mal employé dans le plan du Code de commerce. Il conviendrait davantage de parler de pratiques réglementées puisque le point commun des dispositions de ce Chapitre est de prévoir des limites en-deçà desquelles les pratiques sont autorisées, mais au-delà desquelles elles deviennent sanctionnables. Il n'en va pas de même pour ce qui concerne les dispositions relatives à la transparence.

175. Des pratiques restrictives de concurrence au sein des dispositions relatives à la transparence. Le Code de commerce contient, dans le Livre IV, un chapitre I consacré à la transparence. Ce chapitre prévoit un certain nombre d'obligations à la charge des professionnels qui diffusent de la publicité²¹⁷, impose l'obligation de facturation²¹⁸, et instaure une obligation de communication des conditions générales de vente²¹⁹, ainsi qu'une obligation de conclusion d'une convention écrite, récapitulative du résultat de la négociation commerciale, et annuelle²²⁰, mais aussi une obligation de stipuler une clause de renégociation de certains contrats en cas d'imprévision²²¹. Schématiquement, le Chapitre consacré à la transparence se trouve être également celui qui oblige à la contractualisation formelle de la relation commerciale, avec notamment la communication des conditions générales de vente par écrit, la conclusion d'un contrat écrit, l'édition d'une facture respectant les règles légales. Il paraît donc possible d'en déduire que la contractualisation de la relation commerciale permet la transparence de celle-ci, ou, à tout le moins, rend aisément vérifiable le respect de la législation. Malgré le fait que ce Chapitre soit consacré à cette contractualisation, il renferme un certain nombre de pratiques restrictives de concurrence. Celles-ci peuvent être vues en l'espèce comme les pratiques mises en place par un professionnel au mépris des dispositions relatives à la transparence, et sanctionnées par des amendes, pénales²²² ou administratives²²³.

Ainsi, tout d'abord, la réglementation relative à la transparence contient des dispositions spécifiques relatives aux fruits et légumes frais, comme par exemple l'obligation de détention d'un bon de commande durant le transport de ces marchandises, afin de garantir la

²¹⁷ Art. L. 441-2 C. com.

²¹⁸ Art. L. 441-3 C. com.

²¹⁹ Art. L. 441-6 C. com.

²²⁰ Art. L. 441-7 C. com.

²²¹ Art. L. 441-8 C. com.

²²² V. par ex. d'amende pénale, celle prévue s'agissant des règles relatives à la facturation par l'art. L. 441-4 C. com.

²²³ V. par ex. d'amendes administratives, celles qui sont prévues en cas de non-respect des règles relatives aux conditions générales de ventes, par l'art. L. 441-6, IV C. com., et en cas de non-respect des règles relatives à la convention écrite annuelle, par l'art. L. 441-7, II C. com.

traçabilité²²⁴, ou l'encadrement de l'annonce des prix de telles marchandises hors des lieux de vente²²⁵. Le non-respect de ces dispositions se trouve sanctionné par la loi, de sorte qu'il s'agit d'interdire certaines pratiques commerciales en la matière, pratiques qui par ailleurs pourraient être autorisées s'agissant d'autres produits.

Il en va de même s'agissant ensuite des délais de paiement entre professionnels, notamment dans un rapport entre producteurs et distributeurs. La loi prévoit des délais de paiement maximum, ainsi qu'une sanction en cas de non-respect²²⁶. Il est possible de voir dans cette disposition la sanction d'une pratique restrictive de concurrence, en tant que pratique commerciale défavorable à un partenaire, mais sans effet sur la concurrence. De plus, la loi précise que le délai prévu constitue une limite haute, au-delà de laquelle la pratique se mue en une mauvaise pratique, sanctionnable par une amende administrative. Elle permet néanmoins l'adoption de bonnes pratiques par les acteurs économiques, comme par exemple prévoir des délais de paiement moins longs que les délais légaux²²⁷. La réglementation relative aux délais de paiement se trouve au sein des dispositions relatives à la transparence en raison de la volonté du législateur d'intégrer cette problématique dès les origines de la relation contractuelle, puisque les conditions générales de vente doivent mentionner le délai à respecter. Il n'en demeure pas moins que cette partie de la réglementation démontre la limite entre les bonnes pratiques qui peuvent être mises en place par les professionnels et les pratiques restrictives de concurrence, qui sont sanctionnées. La loi intervient pour donner une limite haute, mais aussi pour inciter les professionnels à appliquer des délais de paiement moins longs.

Puis, le législateur est récemment intervenu pour imposer, dans certains contrats²²⁸, une clause relative aux modalités de renégociation du prix, afin de prendre en compte les fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires²²⁹. Cette disposition qui aboutit à l'imposition d'une mention obligatoire dans certains contrats est complétée par une sanction qui, en cas de non-stipulation ou en cas de stipulation ne respectant pas la loi, se trouve sanctionnée comme une pratique restrictive de concurrence. Il s'agit en effet de la

²²⁴ Art. L. 441-3-1 C. com.

²²⁵ Art. L. 441-2, II C. com.

²²⁶ Art. L. 441-6, I, al. 5 C. com.

²²⁷ Art. L. 441-6, I, al. 6. C. com.

²²⁸ Le texte de l'art. L. 441-8 C. com. limite cette obligation de stipulation d'une telle clause aux contrats d'une « durée d'exécution supérieure à trois mois », et « portant sur la vente des produits figurant sur la liste du deuxième alinéa de l'article L. 442-9 » (prévoyant toutefois la possibilité au pouvoir réglementaire de compléter cette liste). Ce texte mentionne les « produits agricoles périssables, ou issus de cycles courts de production, les animaux vifs, les carcasses, les produits de l'aquaculture, les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits ».

²²⁹ Art. L. 441-8 C. com.

sanction de la pratique commerciale qui consiste à ne pas prévoir une telle clause dans l'un des contrats concernés et, par conséquent, à continuer à exécuter le contrat alors même que celui-ci aurait dû être renégocié. La disposition paraît répondre au souci d'équilibre des relations commerciales, notamment entre les distributeurs et les agriculteurs, en obligeant les premiers à renégocier les prix avec les seconds, en cas de fluctuation importante. Cette pratique restrictive de concurrence, outre le fait qu'elle se trouve dans le Chapitre consacré à la transparence, apparaît également comme dépassant nettement la distinction entre les clauses et les pratiques. En effet, la loi oblige en l'espèce à la stipulation de la clause dans certains contrats, et va même jusqu'à en prévoir le contenu. De plus, elle assimile l'absence de stipulation de la clause, mais aussi la renégociation qui en découle, si elle ne se déroule pas dans les conditions légales prévues, à une pratique restrictive de concurrence. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, ayant par essence vocation à s'appliquer dans des rapports contractuels entre deux professionnels, met en œuvre un dépassement de la distinction entre les clauses et les pratiques.

B. Le dépassement de la distinction entre les clauses et les pratiques par le droit des pratiques restrictives de concurrence.

176. Seule réglementation sans aucune distinction des clauses et des pratiques. Les clauses et les pratiques recouvrent *a priori* des réalités différentes, et se trouvent même au cœur de la *summa divisio* entre les actes juridiques et les faits juridiques. Malgré cette différence, le droit des pratiques restrictives de concurrence apparaît comme le seul corpus de règles à n'opérer aucune distinction entre les clauses et les pratiques, appréhendant tantôt des clauses, parfois même des clauses précises de contrats, mais aussi des pratiques, c'est-à-dire des faits juridiques, des comportements mis en place à l'occasion d'une relation contractuelle entre deux professionnels, ou indépendamment d'une telle relation. Il n'est guère nécessaire d'opérer une lecture très approfondie du texte-phare des pratiques restrictives de concurrence, l'article L. 442-6 du Code de commerce, pour s'apercevoir qu'il mentionne des clauses, que ce soit directement ou indirectement (1). D'autres textes aboutissent également dans ce domaine à la sanction de clauses, sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence (2).

1. Les clauses sanctionnées par l'article L. 442-6 du Code de commerce.

177. Le texte-phare des pratiques restrictives de concurrence et la sanction de clauses. En gardant à l'esprit que le droit des pratiques restrictives de concurrence a vocation à s'appliquer dans les rapports contractuels entre deux professionnels, il est aisé de comprendre

qu'il appréhende un certain nombre de clauses, et non pas seulement des pratiques contractuelles. De plus, le texte actuel apparaît comme une succession de dispositions issues de lois différentes²³⁰, au degré de généralité ou de précision mouvant, dont les objectifs ont parfois varié²³¹, de sorte qu'il sanctionne des clauses à la fois directement et indirectement.

178. La sanction directe de clauses par l'article L. 442-6. La sanction directe de clauses par l'article L.442-6 du Code de commerce implique la mise en jeu de la responsabilité du stipulant, ainsi que la réparation du préjudice causé à son cocontractant²³². Le texte prend soin de prévoir deux situations²³³, en visant à la fois la situation dans laquelle le contractant tente d'obtenir, c'est-à-dire met en place une pratique, et celle où le contractant obtient, en d'autres termes, aboutit au résultat de la pratique, la stipulation d'une clause. La clause intervient dans ces situations comme le résultat de la pratique, mais n'en demeure pas moins qualifiée de pratique par le texte, qui, par là même, transcende la distinction entre les clauses et les pratiques.

Il en va ainsi par exemple de la pratique qui consiste à obtenir ou à tenter d'obtenir un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commerciale effectivement rendu²³⁴. L'obtention de l'avantage que mentionne le texte suppose l'ajout d'une stipulation contractuelle. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire la liste d'exemples de la disposition, qui mentionne : la participation au financement d'une opération d'animation commerciale, une demande en cours d'exécution du contrat visant à accroître ses marges, la participation au financement de la rénovation de magasins. Sont ainsi visées certaines pratiques qui ont été mises en place par la grande distribution qui, sans assortir cette demande d'un avantage pour le fournisseur, lui faisait consentir un avantage à l'occasion du contrat conclu et portant sur la distribution des produits. Dans cet exemple, il est possible de vérifier les contreparties qui sont prévues par le contrat si celui-ci prévoit également des avantages de ce type au bénéfice d'une partie. Il en va de même pour la sanction du déséquilibre significatif²³⁵. La disposition sanctionnant cette situation mentionne que le déséquilibre en question se situe dans les droits et obligations des parties. Ainsi, la pratique restrictive de concurrence sanctionnée en l'espèce consiste à prévoir des obligations ou des droits, soit en d'autres termes des clauses, qui s'avèrent déséquilibrées. Dans le cadre de la sanction de cette pratique, le juge est amené à

²³⁰ Cf. *Supra*, n°149 et s.

²³¹ Cf. *Supra*, n°161 et s.

²³² Art. L. 442-6, I C. com.

²³³ V. spéc. les quatre premiers alinéas du I de l'article L. 442-6 C. com.

²³⁴ Art. L. 442-6, I, 1° C. com.

²³⁵ Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

étudier des contrats, dont le déséquilibre le conduira à sanctionner l'une des parties pour avoir mis en place une pratique restrictive de concurrence. La loi poursuit en mentionnant l'obtention d'un avantage, condition préalable à toute passation de commande, sans s'engager en contrepartie sur un volume d'achat proportionné²³⁶. Il s'agit, là encore, de stipulations consenties par une des parties à un contrat, sans que l'autre partie ne s'engage elle-même sur un volume d'achats, c'est-à-dire par exemple le paiement d'un droit d'accès au référencement des produits, sans engagement d'achat. La pratique restrictive de concurrence visée par cette disposition consiste dans les faits en une clause ou dans un contrat visant à l'obtention d'un tel avantage. Enfin, le texte mentionne l'obtention de conditions manifestement abusives sur les prix, les délais de paiement, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales établies²³⁷. Il s'agit alors d'une clause, prévoyant les prix ou les délais de paiement, obtenue sous la menace d'une rupture des relations commerciales établies. Il ressort de ces exemples que l'ensemble de ces premières dispositions du texte concernent dans les faits une clause, ou à tout le moins le moyen d'aboutir à la stipulation de cette clause. Il importe peu que la clause soit ou non stipulée *in fine* dans le contrat puisque dans les deux cas, elle se trouve qualifiée de pratique restrictive de concurrence et sanctionnable comme telle.

L'article L. 442-6 du Code de commerce ne s'arrête pas à la mention de clauses dans sa première partie, puisqu'il prévoit également la nullité des clauses ou des contrats accordant un certain nombre de prérogatives à l'un des contractants²³⁸. Le texte consacré aux pratiques restrictives de concurrence mentionne dans cette deuxième partie des clauses, dont la sanction principale n'est non pas la mise en jeu de la responsabilité délictuelle du stipulant, mais l'annulation de la stipulation. Déjà réalisée dans la première partie du texte, l'assimilation des clauses et des pratiques se trouve davantage encore consacrée par cette deuxième partie, qui conduit à faire figurer certaines clauses dans un texte consacré à des pratiques. Ces clauses, sanctionnées comme nulles, n'en suivront pas moins la même procédure que les pratiques, et un certain nombre de sanctions supplémentaires pourront être ordonnées par les juridictions²³⁹. La disposition apporte par ailleurs la sanction qui fait défaut à la première partie de l'article L. 442-6 du Code de commerce, en offrant à certaines parties à l'instance la possibilité « pour toutes ces pratiques, de faire constater la nullité des clauses et des contrats illicites »²⁴⁰. L'assimilation entre les clauses et les pratiques se trouve ainsi pleinement consacrée par le

²³⁶ Art. L. 442-6, I, 3° C. com.

²³⁷ Art. L. 442-6, I, 4° C. com.

²³⁸ Art. L. 442-6, II C. com.

²³⁹ Art. L. 442-6, III C. com.

²⁴⁰ *Ibidem*, al. 2.

droit des pratiques restrictives de concurrence qui sanctionne directement des clauses. Pour autant, les autres dispositions du texte peuvent également aboutir à la sanction de clauses, de manière indirecte.

179. La sanction indirecte de clauses par l'article L. 442-6. Les dispositions de l'article L. 442-6 permettent, au-delà de la sanction directe d'un certain nombre de clauses, la sanction indirecte des clauses qui se trouvent faire partie d'une pratique. Dans cette situation, la pratique sanctionnée se trouve être plus large que la clause elle-même. Il en va ainsi par exemple des clauses qui participent d'une revente hors réseau²⁴¹, ou encore des clauses de prix qui ne respectent pas le prix convenu en fonction de l'application du barème des prix unitaires²⁴². La lecture de l'article L. 442-6 du Code de commerce, en tant que texte-phare du droit des pratiques restrictives de concurrence démontre une assimilation des clauses aux pratiques. Représentant quantitativement la plus importante disposition de la matière, il n'est pour autant pas la seule, et des clauses se trouvent sanctionnées par d'autres dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence.

2. Les clauses sanctionnées par d'autres dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence.

180. Les clauses sanctionnées en dehors de l'article L.442-6 du Code de commerce. Le droit des pratiques restrictives de concurrence inclut des règles relatives à la vente avec primes, au refus de vente et à la revente à perte²⁴³. Ces dispositions concernent des pratiques, et n'aboutissent pas, *a priori*, à la sanction de clauses. Il n'en demeure pas moins que le droit des pratiques restrictives de concurrence aboutit, *in fine*, au-delà de l'article L. 442-6, à la sanction de clauses. Ainsi, par exemple, est sanctionnée l'imposition d'un prix minimal de revente²⁴⁴. Cette pratique peut prendre la forme de clauses, et il est aisé de songer à un contrat entre un fournisseur et un distributeur qui contiendrait des stipulations relatives au prix de revente que ce dernier devrait pratiquer. De même, il est interdit de pratiquer, en période de crise conjoncturelle les prix de cession abusivement bas pour certains produits agricoles²⁴⁵, le

²⁴¹ Art. L. 442-6, I, 6° C. com.

²⁴² Art. L. 442-6, I, 12° C. com.

²⁴³ Art. L. 442-1 et s. C. com.

²⁴⁴ Art. L. 442-5 C. com.

²⁴⁵ Art. L. 442-9 C. com.

texte²⁴⁶ précisant que si cette pratique prend la forme de clauses ou de contrats, ceux-ci peuvent faire l'objet d'une demande en nullité²⁴⁷.

181. L'assimilation de clauses à des pratiques dans la lettre du droit des pratiques restrictives de concurrence. Loin de ne sanctionner que des pratiques stricto sensu, l'étude de la lettre du droit des pratiques restrictives de concurrence conduit à prendre la mesure du fait qu'il sanctionne également des clauses. Le droit des pratiques restrictives de concurrence fait, le plus souvent, sienne la maxime « au plus vite au mieux », et sanctionne la pratique dès sa mise en place. Pour autant, il n'oublie pas de sanctionner pareillement la clause qui peut être vue comme le résultat de la pratique, assimilant alors la clause à la pratique. Par exemple, face à un déséquilibre significatif²⁴⁸, la simple tentative de soumission d'un partenaire à ce déséquilibre peut être sanctionnée, ce qui n'empêche pas une sanction plus tardive, une fois le déséquilibre acté par un contrat ou par des clauses de celui-ci. Plus généralement, l'étude du droit des pratiques restrictives de concurrence permet de situer cette matière non pas dans une assimilation seulement incidente de clauses à des pratiques restrictives de concurrence, mais dans la consécration légale de cette assimilation.

182. La consécration légale de l'assimilation de clauses à des pratiques en droit des pratiques restrictives de concurrence. La consécration légale de l'assimilation de clauses à des pratiques se trouve réalisée en droit des pratiques restrictives de concurrence. La question se pose pourtant de savoir si cette consécration est une réelle volonté législative ou une conséquence des différentes lois intervenues en la matière. Les objectifs de la réglementation ont évolué au fil du temps, de sorte que la consécration de l'assimilation des clauses et des pratiques peut apparaître comme le résultat de l'évolution de la législation. Les comportements des différents acteurs ont évolué, notamment parce que le législateur exige aujourd'hui, dans un objectif de transparence, davantage de contractualisation²⁴⁹. Leurs comportements ne sont donc plus simplement des pratiques, mais peuvent aboutir à la stipulation de clauses ou de contrats qui renferment les pratiques restrictives de concurrence. La consécration de cette assimilation par le droit des pratiques restrictives de concurrence peut donc être davantage vue comme une conséquence de cette contractualisation, qui a vu apparaître des pratiques mises en place par les contractants avant la conclusion du contrat et matérialisées par les stipulations de

²⁴⁶ Art. L. 442-9, al. 3 C. com. le texte se bornant à énoncer l'application des III et IV de l'art. L. 442-6 à la pratique qu'il vise.

²⁴⁷ Cf. Art. L. 442-6, III C. com.

²⁴⁸ Pratique prévue par l'art. L. 442-6, I, 2° C. com.

²⁴⁹ Cf. not. art. L. 441-7 C. com. prévoyant la convention écrite annuelle entre fournisseurs et distributeurs.

celui-ci, mais aussi des pratiques mises en place en cours d'exécution du contrat, conduisant par exemple le législateur à interdire le fait de menacer de rupture brutales des relations commerciales pour obtenir un avantage²⁵⁰. En définitive, le droit des pratiques restrictives de concurrence apparaît au fil de son évolution comme le droit qui appréhende les pratiques mises en place à l'occasion d'un contrat entre professionnels, que ce contrat soit en cours de négociation, qu'il ait été conclu, ou qu'il soit en passe d'être rompu.

183. Conclusion du chapitre : l'assimilation de clauses à des pratiques. L'étude des deux branches du droit que sont le droit de la concurrence et le droit des contrats a permis de s'apercevoir que l'assimilation de clauses à des pratiques est réalisée en dehors du droit des pratiques restrictives de concurrence. L'étude de la consécration en droit des pratiques restrictives de concurrence a ensuite montré que cette branche précise du droit des affaires consacre l'assimilation. Pourtant, cela revient à assimiler à un fait juridique, la pratique, un acte juridique ou une partie de celui-ci, la clause. La consécration ne va donc pas sans une remise en cause de la distinction entre les pratiques et les clauses, et partant, entre les faits juridiques et les actes juridiques. En effet, analyser comme une pratique, une clause fait entrer un certain nombre de contrats dans la sphère des faits juridiques alors même qu'ils relèvent de la catégorie des actes juridiques. La constatation de l'existence de l'assimilation de clauses à des pratiques étant désormais réalisée, la recherche doit se porter sur le critère qui permet de qualifier de pratique une clause. Plus précisément, en matière de pratiques restrictives de concurrence, il s'agit de se demander s'il existe un critère permettant de qualifier de pratique restrictive de concurrence une clause d'un contrat.

184. Conclusion du Titre 1^{er} : Clauses et pratiques, entre distinction et assimilation. Au terme de l'étude de ce titre, il est possible de prendre conscience du fait que la nette distinction entre les clauses et les pratiques, calquée, comme un écran se voulant plus moderne, sur la distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques n'est pas absolue. En droit des contrats ou en droit de la concurrence, l'assimilation de clauses à des pratiques est une réalité. Celle-ci est particulièrement prégnante en droit des pratiques restrictives de concurrence. Cette matière, incluse dans le droit de la concurrence, sanctionne en effet indifféremment des clauses ou des pratiques. Pour autant, la distinction entre les actes et les faits juridiques, de laquelle la distinction entre les clauses et les pratiques découle logiquement, ne s'efface pas totalement. L'étude du droit des pratiques restrictives de concurrence permet de

²⁵⁰ Art. L. 442-6, I, 4° C. com.

mesurer que certaines clauses sont qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Cette qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence obéit nécessairement à un critère. La principale question qui se pose dans la recherche de ce critère est de savoir s'il est à rechercher au sein des pratiques restrictives de concurrence, ou s'il ne serait pas à trouver au sein même de la distinction entre les actes et les faits juridiques.

TITRE 2 : LA RECHERCHE DU CRITERE DE QUALIFICATION D'UNE CLAUSE EN PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE.

185. A la recherche d'un critère de qualification d'une clause en pratique restrictive de concurrence. La qualification de certaines clauses en pratiques restrictives de concurrence suppose la mise en évidence d'un critère de qualification. Les pratiques restrictives de concurrence sont souvent vues comme des pratiques imposées à la faveur d'un déséquilibre de puissance entre deux acteurs économiques, par hypothèse, deux contractants. La question se pose de savoir si cette notion de déséquilibre ou de dépendance entre deux partenaires est à même de recouvrir l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence qui prennent la forme de clauses. La prise en compte de la situation économique des partenaires ne paraît pas, en effet, être indispensable alors que les pratiques restrictives de concurrence sont sanctionnées *per se*, sans considération du marché. Il apparaît alors que la liaison entre les pratiques restrictives de concurrence et la dépendance économique, qui est une notion issue du droit des pratiques anticoncurrentielles, ne s'impose pas comme une évidence. Elle conduirait, en effet, à inscrire dans un droit du marché l'ensemble du droit de la concurrence, en niant la spécificité du droit des pratiques restrictives de concurrence qui ne prend pas le marché en considération, spécialement lorsqu'il s'intéresse à des clauses de contrats conclus entre deux professionnels (Chapitre 1). Ces clauses peuvent être qualifiées de pratiques restrictives de concurrence instillées au sein même du contrat. Le retour à la source de la pratique est alors éclairant : il s'agit d'un fait juridique. Ce fait juridique peut être source de responsabilité, peut être vu comme un abus, ou comme une caractérisation de la mauvaise foi, mais il s'agit en premier lieu d'un fait juridique. Ce fait juridique prend place au cœur de l'acte juridique et invite à la réflexion sur sa capacité à être élevé en critère de qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause. Ce critère, qui peut permettre la caractérisation de pratiques qui prennent la forme de clauses au moment de la conclusion du contrat, présente en outre la capacité d'atteindre les clauses qui, originellement, ne constituent pas des pratiques restrictives de concurrence mais dont l'exécution ressort davantage du fait juridique, en raison de la dénaturation de l'acte juridique (Chapitre 2).

186. Le critère de la dépendance économique comme élément de qualification en pratique restrictive de concurrence d'une clause. Dès les prémices de l'analyse, un critère semble s'imposer de lui-même, et réside dans la dépendance économique. Cette notion permettrait de sanctionner les pratiques qui, pour schématiser, sont mises en œuvre par une partie économiquement forte, au détriment d'une autre, plus faible. Ce critère, qui dépasse le cadre du contrat pour s'intéresser à la « situation plus générale de chaque partie »¹, connaît deux facettes. D'une part, le critère de l'abus de dépendance économique. Cette pratique anticoncurrentielle paraît très adaptée à l'appréhension de pratiques mises en œuvre dans un cas de dépendance économique. Pour autant, élever cette pratique en critère de qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence ne semble pas envisageable (Section 1). C'est ainsi, d'autre part, qu'il faut s'intéresser au critère du déséquilibre significatif. Cette notion est parfois présentée comme un moyen de lutte contre les cas de dépendance économique. En effet, il apparaît comme ressortissant de la même logique, permettant la sanction d'une partie qui a pu imposer à une autre partie, plus faible, des obligations qui créent ce déséquilibre (Section 2). La notion présente, par rapport à l'abus de dépendance économique, l'avantage d'être incluse dans le droit des pratiques restrictives de concurrence. Il s'agit d'une des pratiques sanctionnées *per se* par ce droit, c'est-à-dire sans aucune considération du marché. Séduisant, ce critère échoue cependant à qualifier l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence qui prennent la forme de clauses, en raison de son imprégnation très forte de la culture de la dépendance économique, alors même qu'une telle dépendance n'est nullement une des conditions d'application de cette pratique.

SECTION 1 : LE CRITERE DE LA DEPENDANCE ECONOMIQUE.

187. Annonce. Trouvant sa source dans le droit des pratiques anticoncurrentielles, la pratique consistant en un abus de dépendance économique vise à sanctionner des pratiques mises en œuvre au détriment d'un partenaire économique. Cet objectif impose de se demander si cette pratique ne permet pas d'atteindre l'ensemble des clauses contractuelles qui peuvent être qualifiées de pratiques restrictives de concurrence (§1). Au-delà de cette pratique, la dépendance économique peut être vue comme un concept irriguant le droit commun, ce qui

¹ S. Le Gac-Pech : « Du nouveau sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie », note Cass. com., 3 mai 2012, n°11-10.544, JCP G, 2012, p.867.

peut conduire à se poser la question de l'appréhension par cette notion des clauses contractuelles qualifiables de pratiques restrictives de concurrence (2).

§1 : L'échec du critère de l'abus de dépendance économique dans la qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause.

188. Annonce. Le critère de l'abus de la dépendance économique semble à même de pouvoir qualifier en pratique restrictive de concurrence des clauses qui seraient acceptées par une des parties en raison de son état de dépendance économique. Ce critère, qui doit trouver à s'appliquer dans un cadre contractuel (A), se révèle inadapté à la sanction des pratiques restrictives de concurrence qui prennent la forme de clauses (B).

A. La pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique.

189. La notion de dépendance économique. La pratique d'abus de dépendance économique est sanctionnée par le droit des pratiques anticoncurrentielles et non pas par le droit des pratiques restrictives de concurrence. Au-delà d'une simple différence sémantique ou de classification, les différences entre les deux pans du droit de la concurrence sont nettes². L'abus de dépendance économique est l'une des pratiques interdites par l'article L. 420-2 du Code de commerce, l'autre étant les abus de position dominante³. La place de cette pratique anticoncurrentielle pourrait laisser penser qu'il s'agit d'un exemple d'abus de position dominante. Pourtant, elle est peut-être analysée comme une pratique anticoncurrentielle à part entière, qui consiste « pour une entreprise, à soumettre son partenaire obligé à des conditions commerciales injustifiées ou à rompre les relations commerciales, délit considéré comme caractérisé lorsque cette exploitation trouble le jeu de la concurrence sur le marché »⁴. Cette définition, qui se concentre sur la pratique anticoncurrentielle, ne permet pas de cerner la notion de dépendance économique. Si le terme « économique » invite à la prise en compte du poids économique de chacune des parties, pour déterminer laquelle est économiquement forte, la notion de dépendance mérite d'être définie. Etymologiquement, le terme de dépendance signifie « être suspendu »⁵. La dépendance désigne un rapport qui « enchaîne une chose à une autre »⁶, qui « se rattache à »⁷, mais désigne également « être sous la domination, l'autorité

² Cf. *Supra*, n°21 et s.

³ V. : la présentation faite par la DGCCRF sur son site : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Abus-de-dependance-economique>.

⁴ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « Dépendance économique (abus de) ».

⁵ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « dépendance » et « dépendre ». Le terme est issu du latin *dependere*, être suspendu.

⁶ *Idem*, V° « dépendre », sens 1^{er}.

de »⁸. Un auteur décrit la dépendance économique comme un « effet de la puissance économique », le « fait pour une personne de dépendre d'une autre de telle sorte qu'un lien asservissant économique en découle »⁹. Pour cet auteur, la relation de dépendance est contractuelle, de sorte que le « contractant est enchaîné »¹⁰, et que les « relations sont inégalitaires, dissymétriques, le lien contractuel est vital »¹¹, ou encore que la relation est « désavantageuse »¹². Un autre auteur ajoute la « domination »¹³. La relation de dépendance économique s'analyse ainsi comme une relation contractuelle dans laquelle l'une des parties se trouve dans l'obligation de « poursuivre les relations contractuelles »¹⁴ avec l'autre partie, économiquement plus forte. Un autre auteur préfère décrire la dépendance comme une « subordination »¹⁵, ce qui peut également sembler induire l'existence d'un contrat qui matérialiserait ce lien. Cette relation de dépendance peut exister en pratique, et la simple mise en évidence de celle-ci n'est pas sanctionnable. En effet, ce qui est sanctionné par le droit des pratiques anticoncurrentielles est l'abus de dépendance économique.

190. L'apparition de la pratique d'abus de dépendance économique. L'ordonnance de 1986 a innové en mettant en place une pratique anticoncurrentielle nouvelle, l'abus de dépendance économique¹⁶. Le texte mentionne un état de dépendance d'un client ou d'un fournisseur, relativement à une entreprise. Il ne fait guère de doute *a priori* que la pratique trouve application dans un cadre contractuel¹⁷ entre une entreprise et un client, acheteur, ou entre une entreprise et son fournisseur, lié par exemple par un contrat d'approvisionnement. La

⁷ *Ibidem*, sens 2^{ème}.

⁸ *Ibidem*, sens 4^{ème}.

⁹ J.-P. Chazal : *De la puissance économique en droit des obligations*, th., dactyl. Université Grenoble II, 1996, n°6.

¹⁰ *Idem*, n°559.

¹¹ *Idem*, n°604.

¹² S. Le Gac-Pech : note Cass. com., 3 mai 2012, précitée.

¹³ G. Virassamy : *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th., préf. J. Ghestin, Bibl. de droit privé, tome CXC, Paris : LGDJ, 1986, n°2 où l'auteur définit le « contrat de dépendance » comme « les contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujéti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination ».

¹⁴ *Ibidem*, l'auteur expliquant que le contractant « dépendra économiquement de la décision de celui-ci de poursuivre ou non leur relation contractuelle », l'auteur poursuivant par l'exemple de la situation du sous-traitant dans ses rapports avec le donneur d'ordres.

¹⁵ M. Le Bescond de Coatpont : *La dépendance des distributeurs*, th. dactyl., dir. G. Chantepie, Université de Lille II, 2015, n°10.

¹⁶ L'art. 8 de l'Ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence dispose que : « est prohibée [...] l'exploitation abusive par une entreprise [...] de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ».

¹⁷ Sur ce point, v. M. Courtès : *Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats*, thèse dactyl., dir. D. Ferrier, Université Montpellier I, 1999, n°376.

liste du texte emporte, s'il était besoin, la conviction en mentionnant des abus qui ne peuvent être commis que dans le cadre d'une relation contractuelle entre deux entreprises, comme le refus de vente, les ventes liées ou les pratiques discriminatoires¹⁸. Relevant les applications européennes de cette pratique¹⁹, une partie de la doctrine s'est montrée prudente²⁰ lors de son apparition, estimant qu'elle serait source de « difficultés pour les instances chargées de son application »²¹. Pour d'autres cependant, il s'agit d'un « instrument d'humanisation des relations et de correction des déséquilibres »²², ou encore d'une « notion de nature à moraliser les pratiques contractuelles entre professionnels en situation inégale »²³ et à « protéger les petites et moyennes entreprises contre les abus commis par les grands distributeurs »²⁴. En 1986, la sanction des pratiques d'abus de dépendance économique sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles a ainsi pour objectif d'atteindre des relations entre les distributeurs et les petites et moyennes entreprises, c'est-à-dire exactement ce que le droit des pratiques restrictives de concurrence se donnera pour objectif d'atteindre au fil des réformes de cette ordonnance. De pratique anticoncurrentielle à part entière en 1986, certains se demandent

¹⁸ Art. L. 420-2 al. 2 C. com. ; Sur ce point, la proposition de loi n°3571 du 15 mars 2016 visant à mieux définir l'abus de dépendance économique, et adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture le 28 avr. 2016, tend à ajouter à cette liste d'exemples l'abus de dépendance économique qui consiste à rompre une relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur si cela risque de compromettre le maintien de son activité, et alors que le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement. Sur ce point, il est possible de faire le parallèle avec la pratique restrictive de concurrence de rupture brutale des relations commerciales établies, même s'il faut noter que la rupture, même non brutale, peut entrer dans le champ d'application de cette disposition nouvelle.

¹⁹ Cette pratique est inspirée du droit allemand : J.- P. Chazal : *De la puissance économique en droit des obligations*, précité, n°582 ; M. Courtès : *op. cit.*, n°336 et s ; A.- S. Choné : *Les abus de domination essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Préf. B. Teyssié, Paris : Economica, Coll. Recherches juridiques, 2010, n°33 ; J. Azéma : *Le droit français de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis droit, n°512 ; M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, 6^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2014, n°576. M.- A. Frison-Roche, M.- S. Payet : *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2006, n°120 ; D. Houtcieff : *Droit commercial*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2011, n°1192 ; D. Legeais : *Droit commercial et des affaires*, 22^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2015, n°686. *Adde* : l'avis de la Commission de la concurrence du 14 mars 1985 qui propose de s'inspirer du droit allemand qui prévoit une sanction des abus de dépendance économique.

²⁰ J. Mestre : « Jurisprudence française en matière de droit civil », RTD Civ., 1989, p. 523-548, spéc. p. 535-538.

²¹ C. Robin : « L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique », P. Aff., 28 juil. 1989, n°90, p.15, 31 juil. 1989, n°91, p. 18, et 2 août 1989, n°92, p. 13.

²² G. Virassamy : « Les relations entre professionnels en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, rencontres Centre de droit des obligations de l'Université Paris I et Centre de droit des obligations de l'Université Catholique de Louvain, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 261, p. 479-511, n°37.

²³ A. Pirovano et M. M. Salah : « L'abus de dépendance économique : une notion subversive ? », P. Aff., 21 sept. 1990, n°114, p.4 et 24 sept. 1990, n°115, p.4.

²⁴ M.-A. Frison-Roche, M.- S. Payet : *op. cit.*, *loc. cit.* ; V. aussi sur cette analyse : J.- P. Chazal : *th. précitée*, n°585 ; M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°576-577 ; H. Kenfack, M. Pédamon : *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Précis, n° 559 ; D. Legeais : *op. cit.*, *loc. cit.* ;

aujourd'hui si elle n'est pas devenue un critère d'appréciation parmi d'autres, de certaines pratiques restrictives de concurrence²⁵.

191. Les critères de l'abus de dépendance économique. A la lecture du texte consacré à l'abus de dépendance économique, le critère selon lequel la pratique est sanctionnable apparaît double. D'une part, le texte impose que la pratique soit « susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence »²⁶. Cette exigence est classique en matière de pratiques anticoncurrentielles puisque cette matière se donne pour objectif de veiller au bon fonctionnement du marché et de la concurrence. Elle n'en demeure pas moins originale en matière de dépendance économique. L'abus de dépendance économique est une pratique anticoncurrentielle qui est commise entre partenaires économiques, le texte précisant envers une entreprise « cliente ou fournisseur »²⁷. Il s'ensuit que son application ne concerne que des contractants²⁸, précision faite qu'il ne peut s'agir que de relations commerciales verticales, entre un fournisseur et un client, ou entre un distributeur et un fournisseur par exemple. Il est alors possible de prendre la mesure de la probable difficulté de caractérisation de la susceptibilité d'affectation du fonctionnement de la concurrence pour la « victime » de la pratique, puisqu'elle n'est pas, par hypothèse, en situation de concurrence avec celui qui l'a mise en place²⁹.

D'autre part, au-delà du contexte concurrentiel à caractériser, le texte sanctionne « l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à l'égard d'une entreprise, une entreprise cliente ou fournisseur »³⁰. La seule lecture de cette disposition légale ne permet pas de déduire un critère précis selon lequel est commis l'abus de dépendance économique. Il en découle la nécessité de prouver d'abord un état de dépendance économique d'une entreprise cliente ou fournisseur par rapport à une autre entreprise, avant la nécessité de caractériser l'abus³¹. L'articulation des critères du texte nécessite la distinction de deux situations, la dépendance d'un distributeur par rapport à ses fournisseurs³², et la dépendance

²⁵ M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n° 576 ; D. Houtcieff : *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶ Art. L. 420-2 al. 2 C. com. ; Sur ce point, la proposition de loi précitée du 15 mars 2016 apporte une modification en ajoutant un élément au texte qui pourrait, dans un proche avenir, être rédigé comme suit : « susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence à court ou moyen terme ».

²⁷ Art. L. 420-2, al.2 *in fine* C. com.

²⁸ Cf. sur ce point, précisant que la dépendance économique relève d'une « relation bilatérale entre deux entreprises », Cons. conc., 18 août 2003, déc. n°03-D-42 relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles, spéc. n°51.

²⁹ Ce critère est exigé

³⁰ Art. L. 420-2 al. 2 C. com.

³¹ M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°577.

³² Cette situation de dépendance implique la caractérisation de trois critères cumulatifs : la prise en compte de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, la notoriété de la marque du fournisseur, et

d'un fournisseur par rapport à un distributeur³³. Dans ces deux situations, il sera indispensable³⁴ de caractériser l'absence de solution équivalente³⁵ pour prouver la dépendance. Une fois ces preuves rapportées, la loi ne sanctionne pas la simple situation de dépendance économique, mais impose la mise en évidence d'un abus, qui sera sanctionnable³⁶.

192. Abus de dépendance économique et qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause. La clause qui s'analyse en une pratique restrictive de concurrence peut apparaître comme une pratique ressortissant d'un abus de dépendance économique. En effet, souvent, le contractant le plus puissant sera en mesure d'imposer une telle clause, et il est alors possible de se demander si, par sa stipulation, il n'abuse pas de la dépendance économique de son cocontractant, en d'autres termes si l'abus en matière de dépendance économique peut prendre la forme d'une stipulation contractuelle. La jurisprudence a eu à connaître, sur le fondement de l'abus de dépendance économique, une pratique qui consiste, pour un distributeur à insérer dans ses contrats une clause visant à faire supporter le coût de rachat d'un autre distributeur par les fournisseurs. Cette pratique de financement de la concentration de deux distributeurs par les fournisseurs a été nommée la « corbeille de la mariée ». Probablement restrictive de concurrence, la pratique n'a pas été sanctionnée par les juridictions sur le fondement de l'abus de dépendance économique, en raison de l'absence de

l'importance de la part de marché du fournisseur. V. pour des exemples vérifiant la réunion des critères : Cons. conc., 2 mai 1989 déc. n°89-D-16, 3 juill. 1990, déc. n°90-D-23 ; CA, Paris, 30 mars 1992, D. 1992, p. 388, note D. Ferrier ; Cass., com., 12 oct. 1993, Bull. civ., IV, n°337 ; CA Versailles, 27 janv. 2000, D. 2000, p. 157.

³³ Cette situation de dépendance implique également la réunion de trois critères cumulatifs : L'importance de la part du distributeur dans le chiffre d'affaires du fournisseur, l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits, les raisons ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur. V. pour une application de ces critères : Cass., com., 10 déc. 1996, n°94-16.192, Bull. civ. IV, n°310.

³⁴ En cas de solution équivalente, l'entreprise ne peut être considérée comme étant en situation de dépendance, v. par ex. : Cass., com., 6 fév. 2007, n°05-21948.

³⁵ Dans le silence législatif (à l'origine, le critère faisait partie intégrante du texte, mais il a été supprimé par l'art. 66 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques), ce critère est demeuré exigé en jurisprudence : Cons. conc., 31 août 2001, déc. n°01-D-49, *société concurrence* ; Cass. com., 9 avr. 2002, n°00-13.921, analysés conjointement in RTD Com., 2003, p. 75, note E. Claudel ; CA Paris, 4 juin 2002, *CFDT Radio Télé*, RTD Com., 2003, p. 497, note E. Claudel ; P. Aff., 28 fév. 2003, chr. P. Arhel ; *Adde*, pour une confirmation : Cass., com., 3 mars 2004, n°02-14.529, qui définit l'état de dépendance économique comme *la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniquement et économiquement comparables* ; D. 2004, p. 874, note E. Chevrier ; D. 2004, p. 1661, note sous arr. Y. Picod ; RTD Com., 2004, p. 463, note E. Claudel ; JCP E, 2004, 1247, comm. M. Chagny ; CCC, 2004, comm. 108, note M. Malaurie-Vignal. *Adde*, pour un résumé de la jurisprudence relative à ce critère : « La notion de dépendance économique en droit de la concurrence », Etude, in « Rapport Annuel de la Cour de cassation pour 2009 : *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation* », Paris : La Documentation française, 2009, p. 226-228 ; Il faut préciser que la proposition de loi précitée du 15 mars 2015, adoptée le 28 avr. 2016, réintègre le critère de l'absence de solution équivalente dans le nouveau cas prévu d'abus de dépendance économique, puisqu'il prévoit qu'une situation de dépendance économique est caractérisée en cas de rupture d'une relation commerciale qui risquerait de compromettre la situation du fournisseur, si celui-ci ne dispose pas d'une solution de remplacement à ces relations commerciales, qui pourrait être mise en œuvre dans un délai raisonnable.

³⁶ M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°580.

réunion des critères de cette pratique, et notamment de l'absence d'effet sur le jeu de la concurrence et de la présence de solutions alternatives pour les fournisseurs qui, en conséquence, ne pouvaient être considérés comme économiquement dépendants du distributeur³⁷. Il semble dès lors difficile de sanctionner la pratique de la « corbeille de la mariée » sur le fondement de l'abus de dépendance économique, en raison des critères de la pratique, relativement difficiles à réunir. Pour prohiber la pratique en passant outre cette difficulté, le législateur est passé par les pratiques restrictives de concurrence³⁸. Malgré l'apparente dépendance économique des fournisseurs vis-à-vis des distributeurs, la sanction des agissements de ces derniers sur le fondement de l'abus de dépendance économique n'est pas acquise en raison des critères de la pratique, à réunir. Hormis dans cet exemple, relativement ancien, les fournisseurs se tournent davantage vers les pratiques restrictives de concurrence, et non vers l'abus de dépendance économique, lorsqu'ils critiquent des stipulations des distributeurs. Par sa nécessité de caractérisation d'une atteinte au marché, d'une situation de dépendance, et d'un abus, l'abus de dépendance économique, malgré sa vocation de garde-fou exclusivement voué aux relations contractuelles, paraît inadapté pour permettre de qualifier des clauses de pratiques restrictives de concurrence.

B. L'inadaptation du critère de l'abus de dépendance économique.

193. L'abus de dépendance économique, entre protection du marché et protection d'un contractant. La pratique d'abus de dépendance économique est très critiquée en doctrine, notamment car elle s'intéresse à un rapport contractuel au sein même des pratiques qui protègent le marché de certains agissements anticoncurrentiels. Des auteurs estiment ainsi que la finalité du droit des pratiques anticoncurrentielles n'est pas la protection de la partie faible au contrat³⁹, ou la lutte contre les déséquilibres contractuels⁴⁰, préoccupations que d'aucuns préféreraient voir intégrée au droit des obligations davantage qu'au droit de la concurrence⁴¹. Il faut reconnaître avec ces auteurs que la pratique opère un mélange des genres entre la

³⁷ V. : Cons. conc., déc. n°93-D-21 du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la société européenne des supermarchés par la société Grands magasins B du Groupe Cora ; décision confirmée par CA Paris, 25 mai 1994, puis par Cass. com., 10 déc. 1996, précité ; Cons. conc., déc. n°03-D-11 du 21 fév. 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra.

³⁸ La pratique de la « corbeille de la mariée » est prohibée par l'art. L. 442-6, I, 1° C. com. depuis la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (art. 56).

³⁹ J.- P. Chazal : *De la puissance économique en droit des obligations*, précité, spéc. n°589-590 ; L. Idot : « La protection par le droit de la concurrence », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Colloque, Lille, 1997, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 1998, p.55-71, spéc. n°3.

⁴⁰ M.- A. Frison-Roche et M.- S. Payet : *op. cit.*, n°120 ; A. Pirovano, M. M. Salah : « L'abus de dépendance économique, une notion subversive ? », P. Aff., 12-24 sept. 1990, n°114, p. 4-15.

⁴¹ J.- P. Chazal : *op. cit.*, n°590.

protection du marché et la protection de l'économiquement dépendant dans un rapport contractuel. Ce double objectif de protection est difficile à atteindre, et peut apparaître comme contradictoire⁴². Il aurait été souhaitable d'évincer le critère de l'entrave à la concurrence sur un marché⁴³. Ses applications jurisprudentielles demeurent, même quasiment trente ans après son apparition, très rares⁴⁴ et « décevantes »⁴⁵. Cette pratique, à mi-chemin entre les pratiques anticoncurrentielles qui protègent le marché et les pratiques restrictives de concurrence qui protègent un acteur du marché, ou même un contractant, n'a pas trouvé sa place⁴⁶. Dès lors, faute de pouvoir satisfaire les deux objectifs à la fois, les praticiens et les professionnels se tournent alternativement vers les pratiques anticoncurrentielles lorsque la protection du marché est en cause, ou vers les pratiques restrictives de concurrence, lorsqu'il s'agit de la protection d'un concurrent. Il est vrai que dans une optique de droit du marché, s'intéressant à la protection de celui-ci, le droit des pratiques anticoncurrentielles ne peut accueillir la pratique d'abus de dépendance économique, dont les objectifs sont différents.

194. L'abus de dépendance économique, pratique anticoncurrentielle sanctionnant des clauses contractuelles. La pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique est inévitablement conduite à atteindre des clauses puisque le texte vise la dépendance d'une entreprise cliente ou fournisseur⁴⁷, et par conséquent contractante. Certes, l'abus de l'état de dépendance économique ne réside pas nécessairement dans une clause, puisque cet abus peut être un refus de vente, un accord de gamme ou une vente liée, mais le texte cite les « pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ». Au-delà de l'anachronisme du terme depuis la loi de modernisation de l'économie qui a supprimé l'interdiction des discriminations⁴⁸, la pratique trouve à s'appliquer en cas de pratique restrictive de concurrence. Il est alors possible

⁴² J. -P. Chazal : *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴³ A cet égard, il convient de noter que la Commission de la concurrence, dans un avis du 14 mars 1985, précédant l'adoption de la loi, avait souhaité l'instauration d'une sanction des abus de dépendance économique en ces termes : « l'abus de position dominante, supposant la définition du marché (...) ne permet pas d'appréhender la simple domination d'un partenaire commercial sur l'autre dans un rapport bilatéral » ; R. Bout, M. Bruschi, M. Luby, S. Poillot-Péruzzetto, C. Mathonière : *Lamy droit économique*, 2015, n°1176 et 1186 ; J. -P. Chazal : *op. cit.*, n°588 ; M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, n°622.

⁴⁴ M. Chagny : *op. cit.*, n°620.

⁴⁵ J. -P. Chazal : *op. cit.*, n°589, citant par ex. Cons. conc., déc. n°93-D-21 du 8 juin 1993 précitée ; A.- S. Choné : *op. cit.*, n°36 ; *Adde* : E. Claudel : Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ? », in *Journée d'études Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires*, Centre de droit civil des affaires de l'Université Paris-Nanterre (Paris X), 1998, RTD Com., 1999, p. 291, n°16 et s.

⁴⁶ Sur ce point, v. M. Courtès : *op. cit.*, n°521, où l'auteur aboutit à la conclusion suivante : « Il semble que l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique ne soit pas une pratique anticoncurrentielle, mais bien une pratique destinée à déséquilibrer la relation entre deux partenaires économiques ».

⁴⁷ Art. L. 420-2 C. com.

⁴⁸ Loi n°2008-447 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

d'en déduire qu'une clause ou une pratique, sanctionnée comme une pratique restrictive de concurrence sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce, peut également, alternativement ou même cumulativement, être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 420-2 du même Code, si elle porte atteinte au fonctionnement de la concurrence et qu'elle est mise en place comme un abus dans une relation de dépendance économique. Selon cette analyse, la loi intervient à deux niveaux différents, les relations contractuelles entre professionnels, mais aussi les relations de dépendance, pour sanctionner les mêmes pratiques, celles qui sont visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce. L'abus de position dominante conduit ainsi à la sanction de clauses, cette sanction étant une nullité⁴⁹, par exemple celles qui traduisent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties⁵⁰, et qui sont insérées dans une relation de dépendance.

195. Le critère de l'abus de dépendance économique inadapté à permettre la qualification des clauses en pratique restrictives de concurrence. L'abus de dépendance économique sous-tend la réunion préalable d'un certain nombre de critères, en particulier la délimitation d'un marché auquel la pratique porte atteinte, la caractérisation d'une dépendance économique, puis d'un abus. La pratique anticoncurrentielle peut intervenir comme la sanction d'une clause, même si elle est apparue inadaptée pour cela⁵¹. Pour autant, il ne paraît pas possible d'en tirer un critère systématique de qualification des clauses en pratiques restrictives de concurrence. En effet, les pratiques restrictives de concurrence ne nécessitent pas la définition d'un marché, ce qui implique que des clauses puissent être qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en l'absence d'atteinte au marché. Les pratiques restrictives de concurrence qui prennent la forme de clauses ne peuvent donc pas toutes être sanctionnées via l'abus de dépendance économique. Il n'en reste pas moins que l'abus de dépendance économique contient la notion de dépendance économique qui, dépassant le seul droit de la concurrence, irrigue d'autres branches du droit et peut être vu comme un critère de qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause.

⁴⁹ L'art. L. 420-3 C. com. précise que : « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2 et L.420-2-1 ».

⁵⁰ Cette pratique est visée par l'article L. 442-6, I, 2° C. com.

⁵¹ L. Idot : *op. cit.*, n°40 qui évoque « l'inutilité certaine » de l'abus de dépendance économique dans la protection des professionnels contre les clauses abusives ; F. de Bœtiard : *La dépendance économique née d'un contrat*, thèse, préf. G. Viney, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, 2007, spéc. n°490 et 505 et s.

§2 : L'échec du critère de la dépendance économique dans la qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause.

196. Le critère de la dépendance économique émancipé du droit de la concurrence.

Le succès de la pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique apparaît mesuré, mais le concept de dépendance économique est présent en doctrine au-delà du droit de la concurrence. Il convient d'évoquer, sans exhaustivité, d'abord la dépendance économique qui justifie l'adoption de règles spécifiques en matière de contrat de travail. La dépendance économique peut aussi transparaître en droit de la consommation, où le consommateur peut apparaître comme dépendant du professionnel. Chronologiquement, ces réglementations ont précédé la réglementation concurrentielle. Pour autant, elles ne seront d'aucun secours dans la recherche du critère de qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause, puisque ces corpus de règles n'ont pas vocation à s'appliquer dans les relations contractuelles entre professionnels. Au-delà de ces lois spéciales, la dépendance économique pénètre également le droit commun (A), mais se révèle inadapté à la qualification de pratique restrictive de concurrence de certaines clauses (B).

A. La dépendance économique en droit commun.

197. Manifestations de la dépendance économique en droit commun. En droit civil, et plus particulièrement en droit des obligations, la dépendance économique se manifeste par plusieurs notions qui en incarnent les conséquences, comme, au stade de la conclusion du contrat, la violence économique, mais aussi, au stade de l'exécution, les déséquilibres contractuels. Préalablement à la prise en compte des conséquences de la dépendance économique, il convient en premier lieu de se demander comment cet état se définit en droit commun. Sur ce point, la dépendance économique peut se définir par « la présence de liens contractuels importants pour l'existence ou la survie de l'assujetti, ces liens étant permanents ou réguliers »⁵². Cette définition a été critiquée en raison de son étroitesse⁵³, un auteur préférant y inclure toutes les relations « inégalitaires, dissymétriques »⁵⁴, mais aussi y ajouter « l'absence de solution alternative »⁵⁵, et un autre insistant sur la « situation d'extrême

⁵² G. Virassamy : *Les contrats de dépendance*, précité, n°2 et n°185-200 ; O. Rivoal : « La dépendance économique en droit du travail », D, 2006, p. 891, spéc. n°8 et s.

⁵³ J.- P. Chazal : *op. cit.*, n°42 et s.

⁵⁴ *Idem*, n°604 ; l'auteur voyant dans cette notion de dépendance économique un effet de la puissance économique.

⁵⁵ *Idem*, n°606-607 ; O. Rivoal, *op. cit.*, n°12 ; Y.- M. Laithier : « Remarques sur les conditions de la violence économique », P. Aff., 2004, n°233 p. 6, n°14 et s., et n°234, p. 5 M.- S. Payet : « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », RDC, 2006, n°4, p. 1338, n°15.

vulnérabilité du professionnel dont la continuité de l'exploitation se trouve conditionnée par le maintien de sa relation avec un partenaire prépondérant, voire unique »⁵⁶. Il semble par ailleurs se dégager un large consensus en doctrine pour considérer que la dépendance économique en elle-même n'est pas condamnable, et ne le devient qu'en présence d'un abus⁵⁷. Il en ressort que des contrats peuvent naturellement être conclus entre deux contractants de puissance économique inégale, sauf à ce que le contractant économiquement puissant abuse de cet état.

198. Le vice de violence fondé sur la contrainte économique, manifestation de la dépendance économique au stade de la formation du contrat. La prise en compte de la dépendance économique par les vices du consentement, et plus particulièrement par la notion de contrainte économique, reçoit l'approbation de la majorité de la doctrine⁵⁸. Il s'agit de qualifier de violence au moment de la formation du contrat l'abus commis par le contractant économiquement fort qui profite de sa situation de domination, voire « des circonstances économiques externes à la relation et défavorables »⁵⁹, et ainsi de protéger le consentement du contractant économiquement dépendant. La jurisprudence n'est pas insensible à la reconnaissance de la notion dans la mesure où elle a affirmé que « la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion »⁶⁰, mais ne retenant que « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique »⁶¹, c'est-à-dire le bénéfice excessif retiré. La contrainte

⁵⁶ F. de Boüard : *La dépendance économique née d'un contrat*, th., préf. G. Viney, Paris : LGDJ, Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 13, 2007, n°5.

⁵⁷ J.- P. Chazal : *op. cit.*, n°633 où l'auteur estime que le « déséquilibre de puissance économique ne produira d'effets juridiques que s'il est source d'abus de la part de la personne économiquement puissante » (l'auteur ajoute par ailleurs que celui-ci est également source d'obligations), n°635 et s. ; G. Chantepie : *La lésion*, thèse, Préf. G. Viney, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de dr. privé, t. 467, 2004, n°248 ; C. Nourissat : « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », D, 2000, p. 369, n°1 ; G. Loiseau : « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », Dr. et Patr., sept. 2002, p. 26, où l'auteur évoque la « contrainte économique » qui, « pour dégénérer en violence, doit être illégitime » ; O. Rivoal : *op. cit.*, n°14 ; JCP, E, 1999, p. 323 : « Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants : les contrats de distribution et la détermination du prix », note Cass. com., 20 janv. 1998 et CA Paris, 5^{ème} ch., B, 6 fév. 1998, J. – P. Chazal.

⁵⁸ C. Ouerdane-Aubert-De-Vincelles : *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Préf. Y. Lequette, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2002, n°459 et s. ; F. de Boüard : *op. cit.*, spéc. n°432 ; B. Edelman : « De la liberté et de la violence économique », D, 2001, p. 2315 ; B. Montels : « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », RTD Com., 2002, p. 417 ; G. Loiseau : « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », précité ; M. Boizard : « La réception de la notion de violence économique en droit », P. Aff., 2004, n°120, p.5 ; Y. –M. Laithier : « Remarques sur les conditions de la violence économique », précité ; M. –S. Payet : « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », précité ; *Contra* : C. Nourissat : « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », D. 2000, p. 369.

⁵⁹ G. Loiseau : « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », précité.

⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n°98-15.242 ; Bull. civ. I, n°169 ; P. Aff., 2000, n°233, p. 18, note sous arr. S. Szames ; Defrénois, 2000, n°19, p. 1124, note P. Delebecque ; CCC, 2000, comm. 142, note L. Leveneur ; RTD Civ., 2000, p. 827, note J. Mestre et B. Fages ; *idem*, p. 863, note P.- Y. Gautier ; D. 2000, p. 879, note J.- P. Chazal ; D. 2001, p. 1140, note D. Mazeaud ; JCP, G, 2001, II, 10461, note sous arr. G. Loiseau ; JCP, E, 2001, p. 571, note R. Secnazi.

⁶¹ Cass., 1^{ère} civ., 3 avr. 2002, n°00-12.932 ; Bull. civ., I, n°108, où la Cour précise que « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant

économique se trouvait consacrée par les projets de réforme du droit des obligations⁶², et l'a été, à l'occasion de la réforme du Code civil, en 2016⁶³, précision faite que c'est la notion de dépendance qui s'est vue consacrée en droit des contrats, et non pas celle de dépendance économique, même si la première est vue par le législateur comme incluant la seconde, mais permettant d'englober également d'autres situations⁶⁴. La contrainte économique en tant que cas de violence au moment de la conclusion du contrat, est sanctionnée comme un vice du consentement, c'est-à-dire par la nullité⁶⁵. Mariant à la fois les traditionnels vices du consentement avec la contemporaine dépendance économique, il semble que la contrainte économique ne puisse que séduire. Pourtant, il faut reconnaître que la contrainte économique n'a pas accédé à la place à laquelle la doctrine l'attendait. Certains auteurs n'hésitaient pas, en effet, à la placer en véritable garde-fou civiliste dans les relations commerciales⁶⁶. Non moins réelle, la consécration de la contrainte économique ne paraît pas atteindre ce rôle⁶⁷, du moins en attendant les premières applications du nouvel article 1143 du Code civil, au point que la question se pose de savoir si cette manifestation de la dépendance économique en droit

directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement » ; D. 2002, p. 1860, notes sous arr. J.- P. Gridel et J.- P. Chazal ; D. 2002, p. 2844, note D. Mazeaud ; CCE, 2002, comm. 80, note sous arr. C. Caron ; CCE, 2002, comm. 89, note P. Stoffel-Munck ; RTD Civ., 2002, p. 502, note J. Mestre et B. Fages ; Defrénois, 2002, n°19, p. 1246, note E. Savaux ; *Adde* : G. Loiseau : « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », précité ; P. Chauvel : « Violence, contrainte économique et lésion », in *Mélanges en l'honneur d'Anne-Marie Sohm*, Clermont-Ferrand : LGDJ, Université d'Auvergne, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2004, p. 19-37, n°34 ; Y. Lequette, F. Terré, P. Simler : *Droit civil Les obligations*, 11^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Précis, n°248.

⁶² V. art. 1114-3 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription du 22 sept. 2005, dir. par P. Catala, Paris : La Documentation française, 2006, qui consacre expressément la contrainte économique en tant que forme de vice de violence ; sur ce texte : P. Stoffel-Munck : « Autour du consentement et de la violence économique », RDC, 2006, n°1, p. 45 ; art. 63 du projet de réforme de droit des obligations de la Chancellerie de 2008 repris par l'art. 50 de l'avant-projet de réforme de droit des obligations de la Chancellerie du 23 oct. 2013, qui inclut la dépendance économique dans un texte intitulé « abus de faiblesse » ; Sur ce dernier avant-projet, v. : J.- P. Chazal : « Violence économique ou abus de faiblesse », in Dossier : *Réforme du droit des contrats : le débat*, Dr. et patr., 10-2014, n°240, p. 47-49 ; dans le même dossier : H. Barbier : « Le vice du consentement pour cause de violence économique », p. 50-52 ; *Adde* : art. 1142 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 fév. 2015 ; Sur ce texte, v. : G. Loiseau « La consécration de la violence économique », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, colloque, dir. P. Stoffel-Munck, 8 avril 2015, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 33-36.

⁶³ Cf. art. 1143, tel qu'issu de l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2014 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁶⁴ Cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2016-131, dans sa partie relative à l'art. 1143, qui précise que le texte n'est « pas circonscrit à la dépendance économique ».

⁶⁵ Cf. art. 1131 C. civ. ; V. sur cette sanction et la proposition d'une sanction alternative : l'adaptation du contrat, A. Maymont : « La violence économique : une réalité consacrée ? », RLDC, 11-2014, n°120, p. 8-12.

⁶⁶ B. Edelman : « De la liberté et de la violence économique », précité ; G. Loiseau : « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique » ; P. Boizard : « La réception de la notion de violence économique en droit », précité ; Y.- M. Laithier : « Remarques sur les conditions de la violence économique », précité ; B. Montels : « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », précité.

⁶⁷ Les principaux exemples jurisprudentiels précités concernent des décisions rendues en matière de transaction (Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, précité) et de relations de travail (Cass. civ., 1^{ère}, 3 avr. 2002, précité), et non en matière de relations commerciales.

commun n'est pas dépassée par la lutte contre les déséquilibres contractuels, que semble permettre également la dépendance économique.

199. Le déséquilibre contractuel, manifestation de la dépendance économique au stade de l'exécution du contrat. Parfois vu comme le résultat de la violence économique⁶⁸, qui irait alors bien au-delà du rôle de la simple protection du consentement⁶⁹, le déséquilibre contractuel peut être analysé plus largement comme une autre manifestation de la dépendance économique. Même si l'analyse doctrinale des déséquilibres contractuels dépasse les seuls déséquilibres qui sont imputables à une situation de dépendance économique⁷⁰, certains se sont employés à mettre en évidence le lien existant entre dépendance économique et déséquilibre contractuel, identifié comme un lien de cause à effet⁷¹. La doctrine a dégagé dans ce domaine une obligation positive pesant sur le contractant économiquement fort, celle de ne pas créer de déséquilibre dans le contrat passé avec un contractant économiquement dépendant⁷², pouvant être vue comme une émanation de l'obligation de loyauté⁷³. Cette obligation pourrait être la traduction d'un effet de la dépendance économique comme source de déséquilibres au stade de

⁶⁸ En ce sens : Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *Droit civil. Les obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, n°822 ; G. Loiseau : « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », précité ; Y. -M. Laithier : « Remarques sur les conditions de la violence économique », P. Aff., 2004, n°234, p. 5, où l'auteur estime toutefois que ce déséquilibre n'est pas indispensable pour que la violence économique soit cause de nullité ; V. toutefois, *contra* : P. Chauvel : « Violence, contrainte économique et lésion », précité, n°19 où l'auteur explique que l'annulation d'un contrat pour vice de violence ne suppose pas de déséquilibre économique du contrat.

⁶⁹ Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁰ L. Grynbaum : *Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, thèse, préf. M. Gobert, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 389, 2004, n°56 où l'auteur définit le contrat équilibré de manière objective, sans se limiter aux relations dans lesquelles existe une situation de dépendance économique ; V. aussi : R.- M. Zang Ndong : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, thèse, dactyl. Université de Lille II, dir. E. Blary-Clément, 2014, spéc. p. 283, qui ne limite pas la protection de la partie faible aux situations dans lesquelles existe une dépendance économique.

⁷¹ J.- P. Chazal : *op. cit.*, n°639 et s. ; J.-P. Chazal : « Violence économique ou abus de faiblesse », précité ; M. Courtès : *Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats*, thèse, dactyl., Université de Montpellier I, dir. D. Ferrier, 1999, n°276 *in fine*, et n°282 où l'auteur sous-entend que le déséquilibre, qu'il identifie comme « le pouvoir d'une partie d'agir dans son seul intérêt, au détriment de l'autre partie » est une conséquence de la dépendance économique ; F. de Boüiard : *op. cit.*, n°245 et s. ; Comp. : A.- S. Choné : *Les abus de domination Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, thèse précitée, n°550 où l'auteur préfère évoquer le critère de l'abus dans le contrat comme résultat de l'exploitation de la domination, précisant que l'abus se manifeste au stade de la formation du contrat par le déséquilibre contractuel (n°552), et au stade de l'exécution par « l'utilisation abusive de certaines prérogatives contractuelles » (n°556).

⁷² Sur cette obligation de garantie de l'équilibre, v. : J.- P. Chazal : *op. cit.*, n°763 et s. ; M.- S. Payet : « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », précité, n°16 ;

⁷³ F. de Boüiard : *op. cit.*, n°387 et s. ; sur cette obligation de loyauté : Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, préf. G. Couturier, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 208, 1989, et plus généralement, Cf. *Supra*, n°97 et s. ; *Contra* : P. Chauvel : « Violence, contrainte économique et lésion », *in Mélanges en l'honneur d'Anne-Marie Sohm*, Clermont-Ferrand : Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2004, p. 19-37, spéc. n°19 où l'auteur estime que « l'annulation pour vice de violence ne suppose pas de déséquilibre économique du contrat ».

l'exécution du contrat, ou encore au stade de la formation⁷⁴, où la jurisprudence relative à la violence économique semble vérifier l'existence d'un déséquilibre⁷⁵. Le déséquilibre contractuel apparaît alors à la doctrine comme la partie émergée de la dépendance économique, mais la jurisprudence ne s'est pas emparée, en droit commun, de ce raisonnement qui aurait pu être érigé en critère de qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence, sans doute en raison de son inadaptation, pas davantage que la réforme du droit des obligations, qui, lorsqu'il traite du déséquilibre qui peut être créé par une clause, ne le met pas en miroir avec sa possible cause, la dépendance⁷⁶. Il en va différemment en droit spécial, où le déséquilibre contractuel, pour peu qu'il soit significatif, peut avoir des conséquences importantes en droit de la consommation ou en droit des pratiques restrictives de concurrence⁷⁷.

B. L'inadaptation du critère de la dépendance économique.

200. Le succès mesuré en jurisprudence des notions de violence économique et de déséquilibre contractuel. Les deux principales émanations de la dépendance économique en droit commun que sont la violence économique d'une part, et la lutte contre les déséquilibres contractuels d'autre part, ont connu un succès très mesuré en jurisprudence. Au-delà de quelques exemples d'application de la violence économique⁷⁸, concernant les matières particulières que sont les transactions d'une part, et les relations de travail d'autre part, il faut reconnaître que sa consécration plus générale, et notamment dans des relations commerciales, espérée par une partie de la doctrine⁷⁹, par la réforme du droit des obligations doit permettre de lui donner toute sa place⁸⁰. Il en va de même pour le déséquilibre contractuel, même si sa consécration au titre des clauses qui créent un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion⁸¹ ne peut s'analyser comme une consécration large de la notion, ni même comme une consécration de la sanction d'un effet d'une dépendance économique, étant donné que le texte, malgré sa référence aux contrats d'adhésion, ne réserve pas son application aux seuls contrats dans lesquels serait caractérisée une situation de dépendance.

⁷⁴ A.- S. Choné : *op. cit.*, n°552.

⁷⁵ La jurisprudence vérifie plus exactement si les clauses procurent un « avantage excessif », Cass. com., 11 janv. 2005, n°01-11-414, sur ce point : G. Chantepie : *La lésion*, th. précitée, n°248.

⁷⁶ Cf. art. 1171 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131, qui ne se réfère pas à une situation de dépendance.

⁷⁷ Cf. *Infra*, n°202 et s.

⁷⁸ Cf. les arrêts précités : Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000 et Cass., 1^{ère} civ., 3 avr. 2002.

⁷⁹ M. Chagny : « L'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », D. 2011, p. 392 ; *Contra* : C. Nourissat : « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », art. précité.

⁸⁰ Cf. art. 1143 C. civ.

⁸¹ Art. 1171 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131.

201. Le critère de la dépendance économique, inadapté à permettre la qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence. La dépendance économique, même en droit commun, n'en demeure pas moins une notion pour partie économique, qui suppose la caractérisation de la situation de dépendance d'une partie par rapport à l'autre. Cette preuve n'est pas aisée à rapporter, à telle enseigne par ailleurs, que les applications spécifiques de la dépendance économique tendent à s'en affranchir. Au-delà de cette difficulté probatoire, les conséquences pratiques de la dépendance économique en droit commun ne permettent pas de l'ériger en critère de qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence. En droit commun, la dépendance économique se manifeste de deux manières, la violence économique d'une part, et le déséquilibre contractuel d'autre part. En matière de violence économique, il s'agit de circonstances entourant la conclusion du contrat, et en matière de déséquilibre contractuel, il s'agit de l'analyse des obligations prévues par le contrat entre elles, afin de s'assurer que le contractant économiquement fort n'ait pas créé de déséquilibre dans le contrat au détriment de l'autre contractant. A vrai dire, davantage encore qu'inadapté, le critère de la dépendance économique, issue du droit commun, paraît dépassé par le droit des pratiques restrictives de concurrence. En effet, ce droit prévoyait auparavant expressément l'appréhension de clauses stipulées dans une relation de dépendance économique. Une pratique restrictive de concurrence et la sanction consumériste des clauses abusives reposaient sur ce critère. Ces droits spéciaux ont cependant abandonné cette référence à la situation de dépendance économique, pour n'appréhender des clauses qu'en fonction du critère du déséquilibre significatif, à l'instar de ce qu'a opéré le droit commun⁸².

SECTION 2 : LE CRITERE DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF.

202. L'émancipation du déséquilibre. Avant que d'être consacré en droit commun des contrats sans référence à la dépendance⁸³, le déséquilibre significatif était indiscutablement rattaché à la dépendance économique, en ce que sa caractérisation supposait la preuve d'une dépendance économique, source d'un déséquilibre. Celui-ci s'est émancipé de cette condition pour être consacré en droit spécial. La condition de dépendance restait explicitement indispensable en droit de la consommation⁸⁴, lorsque le déséquilibre a été érigé en critère de

⁸² *Ibidem*, le texte ne se référant pas à une situation de dépendance, mais sanctionnant simplement le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

⁸³ Art. 1171 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131.

⁸⁴ Avant la transposition de la directive n°93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, le texte de sanction des clauses abusives en droit de la consommation disposait que : « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, (...) les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix

qualification des clauses abusives, dès 1978. Mais, déjà atténué⁸⁵, le critère de la dépendance a définitivement disparu de la législation consumériste⁸⁶, de sorte que la clause abusive est celle qui, dans cette matière, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Le déséquilibre significatif s'est ainsi émancipé de la dépendance économique pour acquérir une certaine autonomie en droit de la consommation. En 2008, le législateur est venu interdire le déséquilibre significatif entre professionnels, remplaçant une disposition qui sanctionnait le fait d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle un professionnel tenait un partenaire⁸⁷. Le déséquilibre significatif acquérait ainsi le statut de pratique restrictive de concurrence interdite *per se* à part entière en droit de la concurrence (§1). Cette pratique consiste à qualifier de restrictif de concurrence le fait de soumettre un partenaire à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, de sorte qu'il convient de se demander si le déséquilibre significatif ne peut pas être, plus largement, le critère de qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence (§2).

§1 : La pratique restrictive de concurrence de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

203. Annonce. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dispose qu'engage sa responsabilité et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Ce texte, issu de la loi de modernisation de l'économie⁸⁸, crée une nouvelle pratique restrictive de concurrence qu'il convient de définir, non sans relever sa ressemblance avec la sanction des clauses abusives en droit de la

ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

⁸⁵ En effet, il n'est pas douteux qu'il est aisé de démontrer l'imposition par abus de puissance économique d'une clause, lorsque le professionnel est seul rédacteur du contrat.

⁸⁶ La transposition de la directive n°93/13/CEE précitée a entraîné une modification du texte par une loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, qui dispose désormais que « sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

⁸⁷ L'ex-art. L. 442-6, I, 2°, b) prévoyait qu'engageait sa responsabilité le producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers qui abuse « de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ».

⁸⁸ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 93, I, 2°.

consommation (A), avant d'étudier son champ d'application, spécifique aux pratiques restrictives de concurrence (B).

A. La définition du déséquilibre significatif entre professionnels.

204. Identité ou distinction avec les clauses abusives consuméristes. La tentation doctrinale de qualification de la pratique restrictive de concurrence en sanction des clauses abusives entre professionnels était grande lors de son apparition. Cette tentation repose sur une certaine réalité (1). Mais, il convient de distinguer nettement entre les clauses abusives consuméristes et la sanction du déséquilibre significatif entre professionnels puisqu'à l'analyse, les différences paraissent plus nombreuses que les points communs (2).

1. L'identité avec le critère de qualification des clauses abusives consuméristes.

205. Une identité double. L'identité du déséquilibre significatif entre professionnels avec le critère de qualification des clauses abusives en droit de la consommation apparaît double. Elle se manifeste à la fois dans la filiation de la disposition, contenant un critère succédant à celui de l'abus de dépendance économique (a), mais aussi dans la terminologie, parfaitement identique dans les deux dispositions (b).

a. *L'identité de filiation.*

206. Le déséquilibre significatif, successeur de l'abus de puissance économique en droit de la consommation. En droit de la consommation, les clauses abusives étaient à l'origine celles qui étaient imposées par un professionnel par un « abus de puissance économique »⁸⁹. Cette législation a dû être adaptée lors de la transposition de la directive européenne concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs⁹⁰. Cette directive prévoit, dans un but de protection des consommateurs, une sanction des clauses abusives harmonisée dans l'Union européenne. Les Etats qui, comme la France, connaissaient déjà une telle disposition l'ont modifiée en reproduisant le texte de la directive⁹¹. Désormais, les clauses abusives sont définies comme celles qui créent un

⁸⁹ Cf. anc. art. L. 132-1 C. conso dans sa rédaction antérieure à la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 ; Pour une étude de cette réglementation, v. : H. Bricks : *Les clauses abusives*, thèse, préf. J. Calais-Auloy, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 175, 1982, n°155 et s. ; v. aussi, n°168 quant aux critiques émises par l'auteur sur cette exigence d'abus de puissance économique.

⁹⁰ Directive 93/13/CEE précitée ; Sur ce point, v. : G. Chantepie : *La lésion*, th., préf. G. Viney, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 467, n°235 et s.

⁹¹ Directive 93/13/CEE, art. 3 : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du

« déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ». La référence à la dépendance ou à la puissance a disparu du texte au profit du critère du déséquilibre. Celui-ci peut être vu comme une manifestation d'un abus de dépendance ou de puissance économique, en suivant le raisonnement selon lequel seul le contractant économiquement puissant, par hypothèse le professionnel, sera en capacité d'insérer des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties⁹². Un auteur est allé jusqu'à estimer que la définition nouvelle exprimait « la même chose que l'ancienne »⁹³, ce dont il est permis de douter. La dépendance n'est ici que sous-entendue et ne constitue plus un critère d'application du texte. Pour qu'une clause soit considérée en jurisprudence comme abusive, la démonstration du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties que cette clause crée suffit, l'absence de nécessité de prouver l'abus de puissance économique pouvant être vue comme facilitant la mise en œuvre du texte⁹⁴.

207. L'abus de dépendance économique ou de puissance d'achat ou de vente en droit des pratiques restrictives de concurrence. En droit des pratiques restrictives de concurrence, existait une disposition sanctionnant le professionnel qui abuse de la relation de dépendance dans laquelle se trouve à son égard un partenaire, « en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées »⁹⁵. Il s'agissait de la sanction des abus de dépendance économique *per se*, c'est-à-dire sans nécessité de caractérisation du marché, ni d'une atteinte à celui-ci, comme cela est indispensable en droit des pratiques

consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat » ; reproduit à l'article L. 132-1 C. conso. par la loi n°95-96 précitée, art. 1 (depuis l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, le texte figure à l'art. L. 212-41 C. conso.).

⁹² Cf. *Supra*, n°194 ; V. en ce sens : J.-P. Chazal : *op. cit.*, n°670 ; J. Calais-Auloy : « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD Civ.*, 1994, p. 239 ; A. Karimi : « Les modifications des dispositions du Code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *P. Aff.*, 1995, n°54, p. 4 ; G. Paisant : « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99, spéc. n°7.

⁹³ A. Karimi : *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, thèse, préf. P. Simler, Paris : LGDJ, coll. *Bibl. de droit privé*, t. 306, 2001, n°610 où l'auteur aboutit à la conclusion que « le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est en réalité un avantage excessif tiré d'un contrat par une sorte d'abus de puissance. La définition, malgré sa formulation différente, exprime en réalité la même chose ».

⁹⁴ Au-delà de la transposition de la directive, il semble que l'abandon de l'abus de puissance économique résulte également de la pratique judiciaire du texte ancien. En effet, à partir d'un arrêt de la Cass., civ., 1^{ère}, du 6 janv. 1995, n°91-19.424, un auteur (G. Paisant : « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », précité, n°7) a estimé que « l'abus de puissance économique est inhérent aux contrats d'adhésion proposés aux consommateurs », de sorte que les consommateurs se plaignant de clauses abusives insérées dans de tels contrats n'avaient pas à démontrer l'abus de puissance économique.

⁹⁵ Art. L. 442-6, I, 2° b) C. com., dans sa rédaction issue de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 56, complété par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, art. 8, visant également les abus de « puissance d'achat ou de vente », puis abrogé par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 93.

anticoncurrentielles⁹⁶. La disposition est en effet issue d'une critique en ce sens effectuée dans un rapport qui a préconisé que « la sanction de l'abus de dépendance économique soit déconnectée d'une atteinte au jeu de la concurrence sur le marché »⁹⁷. Le même rapport avait également mis en évidence le passage dans les relations entre fournisseurs et distributeurs, de la « négociation commerciale à la domination commerciale »⁹⁸. Le législateur a souhaité appréhender davantage les situations de domination, a retenu l'objection faite au droit antérieur et a, sans supprimer la pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique, créé une pratique restrictive de concurrence au libellé identique⁹⁹ et sanctionnée par la responsabilité¹⁰⁰. Il semble toutefois qu'il ne faille pas se cantonner à cette identité terminologique et prendre la mesure des différences entre les deux textes. La pratique anticoncurrentielle sanctionne les atteintes au fonctionnement et à la structure de la concurrence, ce qui n'est pas le cas de la pratique restrictive de concurrence. De même, il ne semble pas nécessaire de caractériser l'absence de solution équivalente pour agir sur le fondement de la pratique restrictive de concurrence, alors que ce critère est pris en compte en matière de pratique anticoncurrentielle¹⁰¹. La pratique restrictive de concurrence d'abus de dépendance ne suppose que la preuve de la relation de dépendance ainsi que celle de conditions commerciales ou d'obligations injustifiées¹⁰². Cependant, même « cernée par la jurisprudence »¹⁰³, cette pratique

⁹⁶ L'art. L. 420-2 sanctionne « dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur ». Sur cette pratique, cf. *Supra*, n°189 et s.

⁹⁷ J.- Y. Le Déaut : Rapport d'information sur l'évolution de la distribution, Assemblée Nationale, Commission de la production et des échanges, conclusion des travaux d'une mission d'information présidée par J.- P. Charié, 11 janvier 2000, spéc. p. 151-153.

⁹⁸ *Idem*, p. 118-122.

⁹⁹ V. sur la création de cette pratique : P. Arhel : « Le projet de modernisation du droit français de la concurrence », JCP, E, 2000, p. 644 ; « modernisation du droit français de la concurrence », JCP, E, 2001, p. 938 ; E. Claudel : « Mutations récentes du droit de la concurrence », RTD Com. 2000, p. 877 ; M. Malaurie-Vignal : « Aperçu sur la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », CCC, 2001, n°6, p. 3 ; D. Maingy : « L'esprit et la lettre du nouvel article L.442-6 du Code de commerce », JCP, E, 2002, p. 1729, n°13 ; *Adde*, sur l'étude de cette pratique : C. Bourgeon : « A propos de l'abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente », RDC, 2003, p. 243 ; S. Delort : « La qualification aléatoire de l'abus de puissance d'achat, de vente ou de relations de dépendance », JCP, E, 2005, p. 48 ; *Adde* : F. de Boüard : *op. cit.*, n°512 et s.

¹⁰⁰ Le législateur semble entendre une opinion doctrinale, notamment exprimée par C. Del Cont : *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, thèse, préf. F. Collart-Dutilleul, G. J. Martin, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, spéc. p. 285 et s. où l'auteur propose de faire de la dépendance une cause de responsabilité sans faute.

¹⁰¹ Sur ce point, v. M.- A. Frison-Roche et M.-S. Payet : *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2006, n°464 ; ce même critère ayant été abrogé par la même loi s'agissant de la pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique, cf. *Supra*, n°191.

¹⁰² M.- A. Frison-Roche et M.- S. Payet : *op. cit.*, n°465, soit selon C. Bourgeon : *op. cit.* : un contrôle « aussi bien de certaines clauses des contrats encadrant des relations de dépendance, que des pratiques commerciales abusives s'instaurant à partir de ces clauses ou même en l'absence de toute dispositions contractuelles précises ».

¹⁰³ G. Canivet : Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce, Paris : La Documentation française, 2004, p. 88 où les auteurs estiment que la notion d'abus de puissance d'achat ou de vente a « été cernée par la jurisprudence », citant l'avis n°02-A-07 du 15 mai 2002 du

paraît à la fois redondante¹⁰⁴, source de confusions¹⁰⁵, et incapable à elle seule de remédier aux conséquences de la dépendance dans les relations entre fournisseurs et distributeurs¹⁰⁶. Les exemples de son application demeurent en effet très limités¹⁰⁷.

208. Le déséquilibre significatif, successeur de l'abus de dépendance économique ou de puissance d'achat ou de vente en droit des pratiques restrictives de concurrence.

Après sept années d'existence, la pratique restrictive de concurrence d'abus de dépendance économique ou de puissance d'achat ou de vente a été abrogée par la loi de modernisation de l'économie¹⁰⁸, dans l'objectif de lever les « obstacles à la libre négociation des conditions commerciales »¹⁰⁹. En fait d'abrogation, le texte est plus exactement remplacé par une disposition qui sanctionne le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties

Conseil de la concurrence relatif à l'acquisition d'une partie des actifs de Moulinex par le groupe Seb, spéc. p. 13, ainsi que la décision de la Commission européenne du 3 fév. 1999 aff. N°IV/M.1221-Rewe Meini, C (1999) 228 final, spéc. n°74.

¹⁰⁴ Outre le fait que la pratique soit sanctionnée sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles, certains ont pu souligner également sa redondance avec d'autres pratiques restrictives de concurrence, sur ce point v. : S. Delort : *op. cit.*, n°21 et s.

¹⁰⁵ La pratique, libellée de la même manière qu'une pratique anticoncurrentielle, peut être source de confusions entre son domaine d'application et celui de la pratique anticoncurrentielle visée par l'art. L. 420-2 C. com ; Sur ce point, la CEPC a nettement distingué entre les deux dans son avis n°04-04 du 7 juill. 2004 en précisant que « par cette disposition, le législateur a entendu sanctionner les pratiques par lesquelles une entreprise abuse de sa position de force à l'encontre d'un partenaire, sans pour autant que ces pratiques soient de nature à affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence ; lorsque le fonctionnement ou la structure de la concurrence sont affectés, la pratique relève des dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce, qui visent l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique ». Le critère de distinction réside ainsi dans la possibilité d'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence.

¹⁰⁶ G. Canivet : *op. cit.*, *loc. cit.*, où les auteurs du rapport soulignent la « difficulté à appréhender l'abus de puissance d'achat ou de vente », et expriment le souhait de voir le législateur « énumérer des éléments constitutifs de tels abus » afin « d'améliorer la possibilité de sanctionner ces abus » ; *Contra*, pour une plus large prise en considération de cette pratique : D. Mazeaud : « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance économique en droit des contrats », *in* mélanges en l'honneur de P. Didier, *Etudes de droit privé*, Paris : Economica, coll. Droit des affaires, 2008, p. 325-352.

¹⁰⁷ Sur ce point, il est possible de se référer aux bilans de l'application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, établis par la faculté de droit de Montpellier, dir. N. Ferrier. Ces bilans mentionnent pour les années 2004 à 2008, quinze décisions s'étant prononcé sur la disposition, et trois ayant effectivement eu à appliquer le texte (les autres ayant écarté l'application) ; *Adde* : M.- D. Hagelsteen : La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, rapport remis au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et au secrétaire d'état chargé de la consommation, Paris : XO Editions, Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, 2008, où il est mentionné, spéc. p. 21 que « les dispositions de l'art. L. 442-6, I, 2°, b) n'ont été appliquées que de façon exceptionnelle » ; v. aussi, p. 29 ; M. Chagny : Le contrôle des abus dans la négociation, étude, CEPC, où l'auteur propose, compte tenu de l'application limitée du texte, de le modifier en s'inspirant par exemple du texte consacré aux clauses abusives en droit de la consommation.

¹⁰⁸ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 93, I, 1°, c).

¹⁰⁹ J. Attali : Rapport pour la libération de la croissance française, Paris : XO Editions, La Documentation française, 2008, p. 152-153, le rapport mentionnant que « la puissance de marché des opérateurs est mise au service de prix plus bas pour les consommateurs » ; Le rapport précité de M.- D. Hagelsteen (p. 29-30) ne préconisait pas la suppression de la disposition mais exprimait le souhait de le limiter aux « obligations injustifiées », afin de favoriser la négociation commerciale.

entre professionnels¹¹⁰. La doctrine, doutant parfois de la mise en œuvre d'une telle disposition¹¹¹, il est vrai novatrice en droit des pratiques restrictives de concurrence¹¹², a pu voir dans ce texte la possibilité de sanction d'abus sans avoir préalablement à constater la condition d'un état de dépendance économique¹¹³. Supprimant cette référence à l'abus de dépendance économique, le droit des pratiques restrictives de concurrence paraît suivre la voie ouverte par le droit de la consommation, lors de la transposition de la directive de 1993, qui avait adopté un critère identique et avait supprimé la référence à la dépendance économique¹¹⁴, même si certains ont estimé que celle-ci restait sous-entendue¹¹⁵.

¹¹⁰ Art. L. 442-6, I, 2° C. com ; V. sur ce remplacement : P. Arhel : « Volet « concurrence » du projet de loi de modernisation de l'économie », P. Aff., 2008, n°106, p. 4, où l'auteur mentionne le remplacement de la disposition concernant l'abus de dépendance économique par celle relative au déséquilibre significatif, qui est présentée « comme répondant à un souci de simplification et d'efficacité » ; M. Malaurie-Vignal : « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », CCC, 2008, comm. 238, n°7 ; M. Béhar-Touchais : « LME », RLC, 10-2008, n°17, p.45 ; « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », RDC, 2009, p. 202 ; S. Le Gac-Pech : « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », CCC, 2009, Etude, 12, n°25 ; M. Chagny : « De l'abus de la relation de dépendance au déséquilibre significatif », Concurrences, 2-2011, in Dossier Tendances : *Approches plurielles du déséquilibre significatif*, p.1-5.

¹¹¹ V. not. : J.- C. Grall : « Présentation des principales dispositions du projet de loi de modernisation de l'économie : affirmation du principe de libre négociabilité des tarifs », RLC, juill. 2008, p. 24-27, spéc. p. 26 ; Pour un aperçu des réserves doctrinales, v. M. Béhar-Touchais : « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », JCP, G, 2015, 603, spéc. n°2.

¹¹² C. Vilmart, E. Leguin : « La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence », JCP, E, 2008, 1997, spéc. n°29-34.

¹¹³ J.- C. Grall : *op. cit., loc. cit* ; D. Ferrier, D. Ferré : « La réforme des pratiques commerciales », D. 2008, p. 2234, spéc. n°19 ; M. Malaurie-Vignal : « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », précité, n°7 ; du même auteur : « L'article L.442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle », CCC, 2008, dossier n°5 : Moderniser l'économie..., n°14 et s, et n°18 ; Adde : J.- C. Grall, T. Lamy, N. Kouchnir-Cargill : « Loi de modernisation de l'économie – An I – Dispositions relatives aux relations industrie-commerce (1^{ère} partie), RLC, 04-2009, n°19, p. 129-140, spéc. p. 137-139 ; E. Gicquiaud : « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD Com., 2014, p. 267, spéc. n°8.

¹¹⁴ Sur cette commune évolution, v. : M. Malaurie-Vignal : « L'article L.442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle », précité, spéc. n°11 ; F. Buy : « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », P. Aff., 2008, n°252, p. 3 ; S. Le Gac-Pech : « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », précité, n°26. Il faut en outre noter que lors de l'adoption de la pratique restrictive de concurrence d'abus de dépendance économique ou de puissance d'achat ou de vente, le droit des pratiques restrictives de concurrence semblait déjà suivre la voie du droit de la consommation qui était la seule branche du droit à consacrer l'abus de puissance économique, dans l'ancien texte précité sur les clauses abusives. Sur la différence entre l'abus de puissance économique et l'abus de dépendance économique, v. A. Pirovano et M. M. Salah : « L'abus de dépendance économique, une notion subversive », P. Aff., 1990, n°114, p. 4-15.

¹¹⁵ M. Cousin : « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? », JCP, E, 2008, 2288, spéc. n°48-50 ; D. Ferrier, D. Ferré : *op. cit., loc. cit* ; M. Malaurie-Vignal : « L'article L.442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle », précité, n°18 ; M. Béhar-Touchais : « La sanction du déséquilibre significatif entre professionnels », précité ; F. Riem : « Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence : rupture ou continuité », RLC, 10-2009, n°21, p. 31-39 ; J. Riffault-Slik : « Le déséquilibre significatif, une approche comparatiste », Revue Concurrences n°02/2011, Dossier : *Approches plurielles du déséquilibre significatif*, p. 17-24, n°4 ; Adde : T. com. Lille, 6 janv. 2010, n°2009-05184, où, à l'occasion de la première application du déséquilibre significatif à l'égard d'une relation entre professionnels, le tribunal met en évidence que le système de pénalités qui est critiqué, a « contribué à renforcer la dépendance des fournisseurs [...] et qu'il a ainsi aggravé le déséquilibre de la relation en défaveur du fournisseur ». La dépendance économique n'a donc pas disparu en jurisprudence et peut être un indice dans la caractérisation du déséquilibre. Sur cet arrêt, v. : D. 2010, p. 1000, note sous arr. J. Sénéchal.

Il résulte de l'analyse de la filiation du déséquilibre significatif que, tant en droit de la consommation qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence, celui-ci a succédé à des dispositions sanctionnant des abus de dépendance ou de puissance économique. Le législateur agit ainsi sur les déséquilibres qui peuvent être des conséquences d'une situation de domination, mais sans nécessité de caractériser ladite domination, c'est-à-dire de manière plus large. Ce faisant, il a fait disparaître la domination ou la dépendance économique de la lettre des textes relatifs aux pratiques restrictives de concurrence. Il est intéressant de constater qu'au-delà des conditions de filiation, la terminologie est également identique en droit de la consommation et en droit des pratiques restrictives de concurrence.

b. L'identité terminologique.

209. Déséquilibre significatif. La doctrine n'a pas manqué de constater l'emprunt terminologique effectué par le droit des pratiques restrictives de concurrence au droit de la consommation¹¹⁶. Il est vrai que le droit de la consommation utilise le terme de « déséquilibre significatif » depuis la directive de 1993¹¹⁷, à la fois pour définir les clauses abusives, mais également comme critère d'appréciation d'une clause abusive, considérant qu'est abusive la clause qui « a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »¹¹⁸. Il demeure la question de savoir si, au-delà de l'identité terminologique, il existe une identité de définition, et par conséquent la question de la définition du déséquilibre significatif en droit de la consommation et en droit des pratiques restrictives de concurrence.

210. Déséquilibre significatif en droit de la consommation : position de la jurisprudence. En droit de la consommation, le critère de qualification d'une clause comme clause abusive que constitue la création d'un déséquilibre significatif au détriment du

¹¹⁶ D. Ferrier, D. Ferré : *op. cit.*, n°20 ; M. Malaurie-Vignal : « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », précité, n°7 ; M. Cousin : *op. cit.*, n°45 et s. ; N. Genty, D. Delesalle et E. Deberdt : « LME : l'ultime réforme des relations commerciales », RLDA, 10-2008, n°31-87 ; M. Malaurie-Vignal : « L'article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation commerciale ? », précité, n°12 et s. ; M. Béhar-Touchais : « La sanction du déséquilibre significatif entre professionnels », précité ; « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », RDC, n°3-2009, p. 1258, n°2 ; Y. Utzschneider, A. Lamothe : « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce », RDC, 2009, n°3, p. 1261 ; F. Buy : *op. cit.* ; M. Chagny : « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence », RDC, 2009, n°4, p. 1642 ; S. Le Gac-Pech : « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », précité, n°3 et 29.

¹¹⁷ Directive 93/13/CEE précitée et sa transposition en droit interne français par la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, précitée.

¹¹⁸ Art. L. 132-1 C. conso.

consommateur ne se trouve pas défini¹¹⁹. Tout au plus la directive stigmatise-t-elle les clauses préalablement rédigées par le professionnel¹²⁰, précisant toutefois que les clauses individuellement négociées ne sont pas exclues du champ d'application du texte, pour autant qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion¹²¹. Il est possible de déduire de cette absence de définition légale, reproduite par la transposition en droit interne, que celle-ci doit émerger de l'application jurisprudentielle du texte. La Cour de Justice de l'Union européenne a été amenée à dégager les contours de la notion. Il ressort de sa jurisprudence que le déséquilibre significatif peut être une atteinte à la situation juridique du consommateur, et se déduire d'une entrave, d'une restriction des droits qui sont conférés au consommateur par des dispositions légales supplétives ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire par rapport à ces dispositions légales¹²². Ainsi, le déséquilibre significatif ne suppose pas nécessairement comme résultat, un coût économique pour le consommateur¹²³, mais peut résulter d'une situation moins favorable à son égard que celle normalement prévue par le droit national¹²⁴. Suivant cette jurisprudence, le déséquilibre significatif se définit par comparaison subjective des droits et obligations des contractants entre eux, et eu égard au droit supplétif applicable, ainsi que par l'analyse d'un désavantage économique infligé, par la clause critiquée, au consommateur, précision faite que le déséquilibre significatif ne peut se nicher dans l'analyse de l'adéquation entre le prix et le bien, ou entre la rémunération et le service, sous réserve que ces clauses soit

¹¹⁹ Cf. Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 précitée, art. 2 contenant les définitions.

¹²⁰ Directive 93/13/CEE précitée, art. 3 al. 2.

¹²¹ *Ibidem* ; cette limitation n'apparaît pas reprise dans le texte interne, de sorte que celui-ci peut trouver application dans des contrats négociés.

¹²² CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, spéc. n°30 où la Cour estime que « l'existence d'un déséquilibre significatif ne requiert pas nécessairement que les coûts mis à la charge du consommateur par une clause contractuelle aient à l'égard de celui-ci une incidence économique significative au regard du montant de l'opération en cause, mais peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales » ; JCP, E, 2014, 1177, note S. Moracchini-Zeidenberg ; Europe, 2014, comm. n°132, note J. Dupont-Lassalle ; Gaz. Pal., 2014, n°170, p. 21, note S. Piedelièvre.

¹²³ *Idem*, n°22 et s.

¹²⁴ CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), spéc. n°76 où la Cour estime que « la notion de « déséquilibre significatif » au détriment du consommateur doit être appréciée à travers une analyse des règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur. De même, il apparaît pertinent, à ces fins, de procéder à un examen de la situation juridique dans laquelle se trouve ledit consommateur au vu des moyens dont il dispose, selon la réglementation nationale, pour faire cesser l'utilisation de clauses abusives » ; JCP, E, 2013, 1331, note sous arr. S. Moracchini-Zeidenberg ; Europe, 2013, comm. 228, note V. Michel ; RTD Eur., 2013, p. 559, note C. Aubert de Vincelles, spéc. n°6-7.

rédigées de manière claire et compréhensible¹²⁵. Au niveau interne, il ne semble pas que l'expression pose de grandes difficultés, et la jurisprudence n'a pas été amenée à dégager une définition de l'expression de déséquilibre significatif en droit de la consommation.

211. Déséquilibre significatif en droit de la consommation : position de la doctrine.

La doctrine estime quant à elle que la notion reste « vague »¹²⁶, « imprécise »¹²⁷, « incertaine »¹²⁸, voire « indéterminée »¹²⁹. Il est vrai que la définition des termes dont est composée l'expression ne s'avère pas d'un grand secours¹³⁰. Le « déséquilibre » est en effet l'état dans lequel « l'équilibre est perdu »¹³¹, c'est-à-dire que la chose soumise à l'équilibre « penche d'un côté »¹³². Le terme équilibre fait également référence à la « juste proportion », à la « juste mesure »¹³³. Quant à l'adjectif « significatif », sa définition oscille entre celle du « chiffre significatif, par opposition au zéro »¹³⁴, et celle « qui exprime un grand sens »¹³⁵. La compilation des deux définitions n'a pas grand sens. Il semble qu'il faille sortir de cette entreprise de définition mot à mot pour tenter de donner un sens à l'expression elle-même. Certains auteurs ont participé à cette entreprise de définition, évoquant, à l'égard du déséquilibre, la « disproportion manifeste »¹³⁶, « l'excessive onérosité ou le changement radical

¹²⁵ Directive 93/13/CEE, art. 4.2, transposé à l'art. L. 212-1 al. 3 C. conso. ; (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 132-1, al. 7 C. conso.) ; Pour une application récente de cette disposition, v. : CJUE, 23 avr. 2015, aff. C-96/14, Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA, spéc. n°50 où la Cour explique que la clause doit être rédigée de manière claire et compréhensible lorsqu'elle est relative à un élément essentiel du contrat, c'est-à-dire qu'elle est « non seulement intelligible pour le consommateur sur un plan grammatical, mais également que le contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme auquel se réfère la clause concernée ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses, de sorte que ce consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui » ; JCP, E, 2015, 1375, note sous arr. S. Le Gac-Pech ; Europe, 2015, comm. 244, note A. Rigaux ; RLDA, 07/2015, n°106, p. 55-57, note M. Combet ; *Adde*, pour un bilan de l'appréciation du déséquilibre significatif : N. Sauphanor-Brouillaud : *Clauses abusives*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2014, n°38 et s.

¹²⁶ A. Karimi : « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », JCP, G, 1996, I, 3918, n°13 ; du même auteur, *les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, précité, n°37.

¹²⁷ M. Béhar-Touchais : « L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat*, dir. : G. Lardeux, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Laboratoire de droit privé et sciences criminelles, 2012, p. 27-40, n°3.

¹²⁸ R. Amaro : « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », CCC, 2014, étude 8.

¹²⁹ C.- M. Peglion-Zika : *La notion de clause abusive*, thèse, dactyl., Université Panthéon-Assas-Paris II, 2013, n°311 et s.

¹³⁰ C.- M. Peglion-Zika : *op. cit.*, n°313 et s.

¹³¹ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « déséquilibrer ».

¹³² *Idem*, V° « équilibre », sens 2.

¹³³ *Idem*, V° « équilibre », sens 4.

¹³⁴ *Idem*, V° « significatif », sens 3.

¹³⁵ *Idem*, V° « significatif », sens 1.

¹³⁶ D. Bakouche : *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 432, 2004, n°107-108, où, selon l'auteur, « le déséquilibre est à distinguer de l'excès » ; S. Le Gac-Pech : *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse, préf. H. Muir-Watt, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 355, n°1 ; R.- M. Zang Ndong : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la*

de l'obligation »¹³⁷, « l'inégalité »¹³⁸, le « défaut de réciprocité et de commutativité »¹³⁹, « l'avantage dépourvu de contrepartie »¹⁴⁰, ou encore « l'avantage excessif »¹⁴¹, c'est-à-dire le critère ancien d'appréciation des clauses abusives¹⁴². Quant au déséquilibre significatif, selon un auteur, il se trouve élevé au rang de « standard »¹⁴³, assimilé « à un mode de conduite normale »¹⁴⁴, fondé « sur le droit supplétif »¹⁴⁵, qui serait un modèle d'équilibre contractuel. Cet auteur dégage ensuite deux critères du déséquilibre significatif, d'une part, « l'expression de l'unilatéralisme en faveur du professionnel »¹⁴⁶, et d'autre part, la « négation des droits du non-professionnel ou du consommateur »¹⁴⁷.

212. Déséquilibre significatif en droit de la consommation : Extension aux non-professionnels. Si la directive de 1993¹⁴⁸ réserve la protection qu'elle prévoit contre les clauses abusives aux consommateurs, le droit interne français va au-delà de cette harmonisation minimale et étend le champ de sa protection contre les clauses abusives aux non-professionnels¹⁴⁹. La définition du consommateur ne fait aucun doute dans le domaine des

relation commerciale, précité, spéc. p. 287 ; M. Chagny : « De l'abus de dépendance économique au déséquilibre significatif », *Revue Concurrences*, n°02-2011, Dossier : *Approches plurielles du déséquilibre significatif*, p. 2-5, n°28.

¹³⁷ L. Grynbaum : *Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, thèse, préf. M. Gobert, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 389, 2004, n°26 et s, spéc. n°36.

¹³⁸ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles : *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse précitée, n°532 concernant la définition du « déséquilibre objectif ».

¹³⁹ L. Fin-Langer : *L'équilibre contractuel*, thèse, préf. C. Thibierge, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 366, 2002, n°326 ; L'auteur estime par ailleurs que le déséquilibre contractuel implique une « composition non harmonieuse du contrat (n°232), mais aussi « l'absence ou la perte de la relative stabilité du contenu du contrat » (n°258).

¹⁴⁰ X. Lagarde : « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Etude pratique », *JCP, G*, 2006, 1663, spéc. n°11 ; C. Noblot : *Droit de la consommation*, Paris : Montchrestien, Coll. Focus droit, 2012, spéc. p. 40.

¹⁴¹ A. Karimi : *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, précité, n°30 et 610 ; D. Mazeaud : « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives », *Dr. et patr.*, juin 1995 ; *Contra* : C.- M. Peglion-Zika : *op. cit.*, n°320 et s.

¹⁴² Cf. le texte antérieur à la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, qui interdisait les clauses abusives « lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

¹⁴³ C.- M. Peglion-Zika : *op. cit.*, n°297 et s ; J.- B. Walter : « La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », *RRJ*, 2011, p. 339-353.

¹⁴⁴ C.- M. Peglion-Zika : *op. cit.*, n°301.

¹⁴⁵ *Idem*, n°303 et s.

¹⁴⁶ *Idem*, n°396 et s. ; Sur ce point, v. aussi : P. Lemay : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse précitée, n°236, où l'auteur identifie le principe d'équilibre contractuel comme pouvant être utilisé pour compenser le déséquilibre significatif qu'une prérogative unilatérale a pu produire.

¹⁴⁷ *Idem*, n°467 et s.

¹⁴⁸ Directive 93/13/CEE précitée.

¹⁴⁹ Art. L. 212-2 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 132-1 C. conso. qui mentionnait la stipulation de clauses abusives « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ».

clauses abusives¹⁵⁰, puisqu'il est défini dans la directive, et désormais, dans le Code de la consommation¹⁵¹. La notion de non-professionnel est distincte de celle de consommateur, et pouvait, jusqu'à juillet 2016, s'appliquer à des personnes physiques ou morales¹⁵², qui peuvent apparaître dans une certaine mesure comme professionnelles, mais qui, dans l'opération en cause, seront non-professionnelles en l'absence de rapport direct avec leur activité professionnelle¹⁵³, si elles ne contractent pas en qualité de commerçant¹⁵⁴, ou en raison de la différence de spécialité entre les deux professionnels¹⁵⁵. Complétant l'article, désormais liminaire, du Code de la consommation, l'ordonnance du 14 mars 2016¹⁵⁶ a ajouté une définition du non-professionnel. Il s'agit de « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »¹⁵⁷. Le législateur semble ainsi consacrer le critère qui avait été construit par la jurisprudence, si ce n'est que le non-professionnel ne pourra plus désormais être qu'une personne morale, et non plus une personne physique. La réglementation consumériste est en conséquence susceptible de s'appliquer à des professionnels, qui agissent à des fins qui

¹⁵⁰ Cf. directive 93/13/CEE précitée, art. 2, b) qui prévoit que « le consommateur est une personne physique qui agit pour des besoins qui n'entrent pas dans le cadre d'une activité professionnelle ». V. aussi : CJCE, 22 nov. 2001, aff. jointes C-541/99 et C-542/99, *in fine* : « La notion de consommateur (...) concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs doit être interprétée en ce sens qu'elle exclut des personnes morales ».

¹⁵¹ Art. liminaire C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. préliminaire C. conso.) : « Pour l'application du présent Code, on entend par consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

¹⁵² Il s'agit d'une jurisprudence constante : Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n°02-13.285, Bull. civ., I, n°135 a estimé, postérieurement à l'arrêt de 2001 de la CJCE, que « la notion distincte de non-professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives » ; D. 2005, p. 887, note C. Rondey ; P. Aff., 12 mai 2005, n°94, p. 12, note sous arr. D. Bert ; JCP, E, 2005, 769, note sous arr. D. Bakouche ; Cass., 1^{ère} civ., 23 juin 2011, n°10-30.645, Bull. civ., I, n°122 : « Les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels bénéficiant des dispositions [du Code de la consommation relatives aux clauses abusives] » ; Gaz. Pal., 1^{er} déc. 2011, n°335, p. 15, note S. Piedelièvre, *in Chr.* « Consommation » ; JCP, G, 2011, 1080, note sous arr. G. Paisant ; JCP, E, 2011, 1660, note sous arr. P. Lemay ; CCC, 2011, comm. 226, note sous arr. G. Raymond ; P. Aff., 30 sept. 2011, n°195, p. 14, note sous arr. N. Claude ; *Adde* : S. Tisseyre : « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », D., 2011, p. 2245.

¹⁵³ Le critère du rapport direct implique que la personne morale est protégée par la disposition pour les « contrats n'ayant pas de rapport direct avec ses activités professionnelles » : Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n°92-18.227, Bull. civ., I, n°54 ; D. 1995, p. 229, note P. Delebecque ; *idem* p. 310, note J.-P. Pizzio ; *ibidem*, p. 327, note sous arr. G. Paisant ; JCP, G, 1995, I, 3893, n°38, note G. Viney, *in Chr.* « Responsabilité civile » ; Solution confirmée après l'arrêt de la CJCE de 2001 par Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, n°00-18.202, Bull. civ., I, n°78 ; JCP, G, 2002, II, 10123, note sous arr. G. Paisant ; CCC, 2002, comm. 118, note L. Leveneur ; Gaz. Pal., 19 avr. 2003, n°109, p. 24, note D. Guével.

¹⁵⁴ Les clauses conclues entre deux commerçants en relation professionnelles habituelles sont exclus du champ d'application des clauses abusives consuméristes, v. par ex. : Cass., com., 23 nov. 1999, n°96-21.869, Bull. civ., IV, n°210 ; JCP G, 2000, II, 10326, note sous arr. J.-P. Chazal ; CCC, 2000, comm. 40, note sous arr. L. Leveneur ; Cass., 1^{ère} civ., 22 mai 2002, n°99-16574, Bull. civ. I, n°143 ; sur cet arrêt, v. G. Paisant : « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct » », JCP, G, 2003, I, 121.

¹⁵⁵ Le critère de la différence de spécialité a été employé, malgré un rapport direct, par Cass. com., 15 mai 2001, n°98-18.603.

¹⁵⁶ Ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation.

¹⁵⁷ Art. liminaire C. conso.

n'entrent pas dans leur activité, alors même que ceux-ci sont soumis au droit des pratiques restrictives de concurrence¹⁵⁸.

213. Déséquilibre significatif en droit de la consommation : définition. Après vingt années de pratique du déséquilibre significatif, la définition ne paraît pas frappée du sceau de l'évidence. Il est vrai que la jurisprudence casuistique et les listes de clauses présumées abusives¹⁵⁹ font passer l'entreprise de définition au second plan. Pourtant, il est toujours possible de démontrer le caractère abusif d'une clause en établissant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La définition est alors nécessaire. En procédant au bilan des différents éléments proposés, il est possible de définir le « déséquilibre significatif » en droit de la consommation comme la situation dans laquelle la comparaison entre les droits et obligations des parties fait ressortir un désavantage au détriment du consommateur ou une situation moins favorable à son égard que celle qui résulterait de l'application du droit supplétif. Le consommateur qui souhaite établir le déséquilibre significatif devra alors déterminer ce que la clause litigieuse modifie dans la relation contractuelle pour créer le déséquilibre¹⁶⁰. Cette définition présente l'avantage de reprendre les éléments évoqués par la Cour de Justice de l'Union européenne¹⁶¹, tout en maintenant la comparaison entre les droits et obligations de chaque partie, ainsi que la nécessité d'une juste proportion, ou d'absence d'avantage excessif au profit du seul professionnel. L'esprit de la législation de rétablissement de l'équilibre dans une relation contractuelle déséquilibrée ressort également de la définition. Dotée de deux critères alternatifs, cette définition comprend un critère subjectif, celui de la comparaison des droits et obligations des parties, et un critère objectif, celui de la comparaison de la situation du consommateur ressortissant du contrat, par rapport à celle ressortissant de l'application du droit supplétif. La réglementation européenne ajoute un critère à destination des juges, celui de la bonne foi du professionnel¹⁶². Selon sa jurisprudence, le professionnel est en mesure d'utiliser son pouvoir d'élaboration unilatérale du contrat, mais il faut alors se demander, au cas où il y aurait eu une « véritable négociation, si le professionnel pouvait

¹⁵⁸ Cf. *Infra*, n°224 et 225.

¹⁵⁹ Cf. Annexe de la directive 93/13/CEE précitée, art. R. 132-1 et -2 C. conso.

¹⁶⁰ Il s'agit de l'identification du désavantage subi par le consommateur, ou de savoir dans quelles mesures le consommateur se trouve, du fait de la clause, dans une situation juridique moins favorable que celle qui résulterait de l'application des dispositions supplétives (CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, précité, n°68).

¹⁶¹ Ces éléments ressortent des arrêts précités de la CJUE du 14 mars 2013 et du 16 janv. 2014.

¹⁶² Cf. art. 3 de la directive 93/13/CEE précitée, qui prévoit que la « clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Cette référence à la bonne foi, tout comme celle de l'absence de négociation individuelle, n'est pas reprise dans le texte de transposition interne, l'article L. 132-1 C. conso.

raisonnablement s'attendre à ce que la clause soit acceptée par le consommateur »¹⁶³. La Cour sous-entend que si tel n'est pas le cas, le professionnel devra être considéré comme de mauvaise foi. Pour autant, il faut se garder de réserver la possibilité de démonstration d'un déséquilibre significatif aux seuls contrats non-négociés, la loi française étant, dans le respect d'un texte d'harmonisation minimale¹⁶⁴, plus large, et permettant d'atteindre les déséquilibres significatifs qui se situent dans des contrats négociés¹⁶⁵, tout comme les clauses insérées par un professionnel qui serait de bonne foi. La notion de déséquilibre significatif peut désormais être considérée comme définie en droit de la consommation. Demeure la question de la définition de l'expression en droit des pratiques restrictives de concurrence afin de constater ou non l'identité terminologique.

214. Déséquilibre significatif en droit commun des contrats. La récente introduction dans le Code civil d'une disposition visant à réputer non écrite, dans les contrats d'adhésion, les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁶⁶ fait inévitablement penser à la législation consumériste. Le législateur n'a pas pris soin de donner une définition précise de cette notion, estimant que les « critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le Code de la consommation »¹⁶⁷. Il est donc acquis, pour tout juriste de droit des contrats, qu'il devra avoir à l'esprit la construction jurisprudentielle relative à la notion de déséquilibre significatif en droit de la consommation, pour en déduire la définition et les critères d'appréciation en droit commun des contrats. La référence consumériste avait déjà pu être reprise en droit des pratiques restrictives de concurrence lors de l'introduction de la pratique de soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif.

215. Déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence. En droit des pratiques restrictives de concurrence, le déséquilibre significatif se trouve très simplement défini, par référence à la notion consumériste. Cette transposition de la notion,

¹⁶³ CJUE, 14 mars 2013, précité, n°69 : « S'agissant du fait de savoir dans quelles circonstances un tel déséquilibre est créé « en dépit de l'exigence de bonne foi » (...), le juge national doit vérifier à ces fins si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle ».

¹⁶⁴ Cf. art. 8 de la directive 93/13/CEE, précitée.

¹⁶⁵ Comp. la disposition de l'art. 1171 C. civ., telle qu'issue de l'ord. n°2016-131 qui ne prohibe les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties que dans les seuls contrats d'adhésion, définis par l'art. 1110 al. 2 comme celui « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

¹⁶⁶ Art. 1171 C. civ.

¹⁶⁷ Cf. Rapport au président de la république relatif à l'ord. n°2016-131, dans sa partie relative à l'article 1171, qui précise que le texte s'inspire à la fois du dispositif consumériste, mais aussi de celui présent dans le Code de commerce.

induisant une identité de la définition, a été effectuée par le Conseil constitutionnel¹⁶⁸ qui, se référant au déséquilibre significatif consumériste, a estimé que le contenu de cette notion était « déjà suffisamment précisé en jurisprudence »¹⁶⁹ et a conclu que les termes étaient « suffisamment clairs et précis »¹⁷⁰. Pour autant, cette identité de définition fait apparaître les limites de l'identité terminologique et n'a pas manqué de faire réagir la doctrine. Celle-ci a alors mis en évidence la distinction entre le déséquilibre significatif consumériste et le déséquilibre significatif du droit des pratiques restrictives de concurrence.

2. La distinction entre le déséquilibre significatif entre professionnels et entre professionnels et consommateurs.

216. L'écueil interprétatif : « clauses abusives entre professionnels ». L'expression « clauses abusives entre professionnels »¹⁷¹ paraît séduisante au premier abord, mais il apparaît qu'elle ne doit pas prospérer, puisqu'elle dépasse les limites de l'identité terminologique (a), et qu'elle ne permet pas de rendre compte de l'étendue plus large du contrôle de l'équilibre entre professionnels (b).

a. Les limites de l'identité terminologique.

217. Différence entre déséquilibre significatif entre professionnels et clauses abusives consuméristes. S'il ne fait aucun doute que la clause abusive entre un professionnel

¹⁶⁸ Cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC ; D., 2011, act. 19, note E. Chevrier ; D., 2011, p. 415, note sous arr. Y. Picod ; JCP, E, 2011, 1136, note D. Mainguy ; v. aussi : JCP, G, 2011, 274 ; RLDA, 03-2011, n°58, p.37-38, note A. Lecourt ; CCC, 3-2011, comm. 62, note N. Mathey ; CCC, 3-2011, comm. 63, note M. Malaurie-Vignal ; RTD Civ., 2011, p. 121, note B. Fages ; RLC, 04-2011, n°27, p. 41-44, note M. Behar-Touchais ; P. Aff., 13 avr. 2011, n°73, p. 17, note sous arr. A. Dadoun ; RDC, 2011, n°2, p. 538, note M. Béhar-Touchais ; *Adde* : J.-L. Fourgoux : « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », CCC, 2011-3, Etude 5.

¹⁶⁹ Point n°4 de la décision n°2010-85 QPC précitée.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ Bien avant l'insertion dans le Code de commerce en 2008, l'expression semble être issue de la réflexion de quelques éminents auteurs, aux alentours de la moitié des années 1990 : D. Mazeaud : « Validité des clauses abusives entre professionnels », note Cass. com., 10 mai 1994, n°92-22.075, D., 1995, p. 89 ; J. Mestre : « Clauses abusives et professionnels », RTD Civ., 1996, p. 609 ; « L'article 1131 du Code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels », RTD Civ., 1997, p. 418 ; mais aussi de la réflexion d'un colloque intitulé « Les clauses abusives entre professionnels », tenu en 1997 à Lille, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 1998 ; Pour des emplois plus récents de l'expression, v. : M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, préf. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2012, n°325 ; C.- M. Peglion-Zika : *op. cit.*, n°9 ; D. Mazeaud : « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant les abus de domination en droit des contrats », précité, n°24, 25 et 29 ; D. Mazeaud, T. Genicon : « Protection des professionnels contre les clauses abusives », RDC, 2012, p. 276 ; D. Mazeaud : « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », *in Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de P. Merle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 517-532, spéc. n°12 ; N. Dissaux : « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *in Dossier : Réforme du droit des contrats : le débat*, Dr. et part., 10-2014, n°240, p. 53-56 ; S. Le Gac-Pech : « Du nouveau sur les clauses abusives entre professionnels », note sous Cass. com., 4 nov. 2014, n°13-13.576, JCP, E, 2015, 1002.

et un consommateur est celle qui crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, il faut noter que la réciproque en droit des pratiques restrictives de concurrence n'est pas vraie, et que le déséquilibre significatif qu'il sanctionne ne s'assimile pas à une clause abusive, mais davantage à la sanction d'une mauvaise pratique¹⁷², dont la clause serait un effet. C'est pourquoi l'expression de « clauses abusives entre professionnels » se trouve être un écueil, et, si elle existe parfois en doctrine¹⁷³, la majorité des auteurs ne s'y est pas trompée puisqu'en relevant l'identité sémantique du déséquilibre significatif avec les clauses abusives consuméristes, ceux-ci se sont empressés de préciser que cela ne doit pas signifier que les deux dispositions devaient être analysées comme identiques¹⁷⁴. La jurisprudence tend également à refuser l'analogie entre les deux dispositions¹⁷⁵. Cependant, le Conseil constitutionnel, assimilant les deux notions¹⁷⁶, semble

¹⁷² V. en ce sens : M. Le Bescond de Coatpont : *La dépendance des distributeurs*, th. dactyl. dir. G. Chantepie, Université de Lille 2, 2015, n°566 où l'auteur tend à démontrer que le déséquilibre significatif du Code de commerce vise non pas une clause mais un comportement ; M. Béhar-Touchais : « L'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce n'est pas contraire au principe de la légalité des délits et des peines », note Cons. const., 13 janv. 2011, précitée où l'auteur regrettant que le Conseil s'en remette à la CEPC pour interpréter la notion de déséquilibre significatif et estime que « là où le juge des clauses abusives part du déséquilibre significatif pour en déduire la qualification de clause abusive, la CEPC part souvent de la mauvaise pratique commerciale pour en déduire le déséquilibre significatif » ; Sur ce point, *Adde* : M. Béhar-Touchais : « Le conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », précité, n°7 ; E. Gicquiaud : « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD Com., 2014, p. 267, spéc. n°12-13.

¹⁷³ Cf., *Supra*, n°216 ; *Adde* : Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dans sa partie relative à l'art. 1171, où ses rédacteurs paraissent également assimiler les clauses abusives du droit de la consommation et celles du droit des pratiques restrictives de concurrence, et limiter à l'appréhension de clauses la pratique de déséquilibre significatif.

¹⁷⁴ F. Buy : *op. cit.* ; M. Béhar-Touchais : « La sanction du déséquilibre significatif entre professionnels », précité ; « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », RLC, 10-2008, n°17, p. 45 ; « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », RDC, n°3-2009, p. 1258 ; R. Saint-Esteben : « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », RDC, n°3-2009, p. 1275 ; M. Chagny : « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence », précité ; « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », précité ; D. Mainguy : « Le Conseil constitutionnel et l'article L.442-6 du Code de commerce », précité ; S. Le Gac-Pech : « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », précité, n°29-38 ; M. Malaurie-Vignal : « Ethique des pratiques restrictives », *in* colloque, Paris, 2011 : *La loyauté en droit de la concurrence et de la consommation*, P. Aff., 2011, n°234, p. 14, spéc. n°12 ; N. Mathey : « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », CCC, 2013, dossier, 3, spéc. n°6-8 ; note Cons. const., 13 janv 2011, précitée, CCC, 2011, comm. 62 ; N. Mathey : « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », CCC, 2013, dossier 3, n°8 ; M. Ponsard : « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », CCC, 2013, dossier 4, n°3-4 ; E. Gicquiaud : *op. cit., loc. cit.* ; J.- C. Grall, T. Buissonnière : « Déséquilibre significatif : convergence et divergence entre le B to B et le B to C », RLC, 04-2015, n°43, p. 26-29 ; E. Dieny : « Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ? », JCP, E, 2015, 1626, spéc. n°3 ; *Adde* : C.- M. Peglion-Zika : *op. cit.*, n°533.

¹⁷⁵ Elle a pu opérer dans un premier temps une forme de confusion entre les deux dispositions, les appréciant de la même manière, v. par ex. : CA Paris, pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013 qui requalifie l'action d'un professionnel fondée sur le droit de la consommation en action fondée sur le déséquilibre significatif ; Sur cet arrêt, v. CCC, 2013, comm. 208, note N. Mathey. Mais, il n'y a désormais plus de doute sur la distinction, v. par ex. : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n°13/11059 : « Si le juge peut s'inspirer des solutions dégagées sur le fondement de l'article L. 132-1 du code de la consommation pour interpréter les dispositions de l'article L. 442-6 I 2° du code de

plutôt avoir entendu les auteurs qui évoquaient la consécration des « clauses abusives entre professionnels ». L'expression doit pourtant bien devoir être réservée aux relations entre les professionnels et les consommateurs, où il est fait référence à la « clause qui crée le déséquilibre significatif ». Le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, en tant que pratique restrictive de concurrence, ne fait pas textuellement référence à une clause d'un contrat, lui préférant la soumission ou la tentative de soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif¹⁷⁷. Ce qui ne semble être qu'une nuance a en réalité son importance, puisque le terme « obligation » est plus large que le terme « clause ». Alors que le terme clause, désignant une « disposition particulière d'un acte juridique »¹⁷⁸, est réservé aux relations contractuelles, ce n'est pas le cas du terme obligation qui caractérise « un lien de droit par lequel un débiteur est tenu d'une prestation en envers un créancier, en vertu d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi »¹⁷⁹.

218. Conséquence sur l'appréciation du déséquilibre. Cette différence peut avoir une première conséquence, l'appréciation du déséquilibre significatif, qui a lieu clause par clause en droit de la consommation¹⁸⁰, doit avoir lieu plus globalement en droit des pratiques restrictives de concurrence, obligation par obligation¹⁸¹. En conséquence, la simple présence

commerce, il ne peut se contenter de raisonner par analogie, dès lors que le champ d'application des deux textes est distinct » ; RTD Com. 2014, p. 785, note M. Chagny ; AJCA, 2015, n°1, p. 39, note C. Pecnard, C. Tournaire.

¹⁷⁶ Cons. const., 13 janv. 2011, précité ; V. sur cette assimilation effectuée par le Conseil : la note de M. Béhar-Touchais in RLC, 04-2011, n°27, précité, n°6 ; J.- L. Fourgoux : « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », précité, n°14 ; B. Fages : « La lutte contre les déséquilibres significatifs reçoit le renfort du Conseil constitutionnel », précité ; *Contra*, dans un sens plus favorable à la décision du Conseil : Y. Picod : « Le déséquilibre et le Conseil constitutionnel », note précitée.

¹⁷⁷ L'art L. 442-6, I, 2° du Code de commerce précise « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ».

¹⁷⁸ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « clause ».

¹⁷⁹ *Idem*, V° « obligation ».

¹⁸⁰ V. en ce sens : Outre les art. R. 132-1 et R. 132-2 C. conso qui prévoient des listes de clauses présumées abusives, qui peuvent être réputées non écrites *per se*, quel que soit le contexte contractuel de leur stipulation, ainsi que la sanction de la réputation non écrite de la clause, prévue par l'art. L. 132-1 al. 6 C conso. qui suppose que le déséquilibre réside dans une clause, J. Calais-Auloy, H. Temple : *Droit de la consommation*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Précis, 2015, n°180 et 182 ; Y. Picod : *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2015, n°261 ; Pour un point de vue plus nuancé, montrant que la jurisprudence et la doctrine décèlent parfois des situations où l'appréciation a lieu plus globalement (avant que des listes de clauses présumées abusives ne soient édictées) : G. Chantepie : *La lésion*, th. précitée, n°235.

¹⁸¹ V. en ce sens : M. Malaurie-Vignal : « Le nouvel article L.442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », in Dossier : Moderniser l'économie, CCC, 2008, dossier 5, spéc. n°23 ; M. Béhar-Touchais : « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », précité ; M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°251 ; R.- M. Zang Ndong : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, thèse précitée, p. 95 ; Cette opinion semble être partagée en jurisprudence qui considère le déséquilibre significatif en fonction de l'économie de la relation : CA Nancy, 14 déc. 2011, n°10/02664 qui refuse la sanction sur le fondement du déséquilibre significatif car la disposition n'apparaît pas, « examinée au regard de l'économie générale du contrat », comme créant un tel déséquilibre ; CA Paris, 18 sept.

d'une clause en droit de la consommation peut suffire à la réputer non écrite¹⁸², alors qu'il faudra nécessairement se livrer à une appréciation « concrète et globale » de l'ensemble des obligations entre professionnels, afin d'établir ou non un déséquilibre significatif¹⁸³. De même, il apparaît à la lecture du texte consumériste qu'une clause unique peut créer un déséquilibre significatif, et être qualifiée d'abusives, alors qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence, le déséquilibre significatif ressort de la comparaison des obligations des parties. Le déséquilibre significatif ne doit, *a priori*, pas ressortir d'une seule clause entre professionnels, de sorte que l'expression de « clauses abusives » doive être réservée aux relations de consommation.

219. Conséquence sur le moment d'appréciation du déséquilibre. Une seconde conséquence de la différence entre les clauses et les obligations peut s'observer quant au moment de l'appréciation du déséquilibre significatif. En droit de la consommation, il ne fait aucun doute que pour que la clause puisse être critiquée sur le fondement de la prohibition des clauses abusives, il est nécessaire qu'elle soit une clause. Ce qui peut paraître évident suppose en réalité un contrat formé, et conclu entre le professionnel et le consommateur. Le Code de la consommation demande d'ailleurs au juge de se placer au moment de la conclusion du contrat pour apprécier la clause¹⁸⁴. En revanche, la sanction du déséquilibre significatif prévue par le droit des pratiques restrictives de concurrence ne suppose pas de contrat déjà conclu entre les professionnels. La matière concerne également le stade de la négociation du contrat, lorsque le déséquilibre significatif n'est pas encore acté dans les clauses, mais qu'il s'apparente à une

2013 n°03177 où la juridiction condamne un distributeur sur le fondement du déséquilibre significatif car celui-ci ne démontre pas que le déséquilibre est compensé par une obligation qui « participerait de l'économie de ses relations avec ses fournisseurs » ; sur ces deux arrêts, v. : J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », CCC, 11-2013, Etude 14, JCP, E, 2013, 1691 ; *Comp.* : CA Paris, 1^{er} oct. 2014, n°13/16336, AJCA, 2014, p. 37, note J.- L. Fourgoux ; RTD Com., 2014, p. 785, note M. Chagny, où la Cour d'appel semble estimer que l'appréciation globale constitue une possibilité pour le juge, et non une obligation ; RDC, n°1-2015, p. 67, note M. Béhar-Touchais.

¹⁸² Cf. les listes de clauses présumées abusives des articles R. 132-1 et R. 132-2 C. conso.

¹⁸³ Cette appréciation a reçu l'approbation de la Cour de cassation : Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907, où la Cour approuve la Cour d'appel « qui a procédé à une analyse globale et concrète du contrat », et n°13-27.525 ; Bull. civ., IV, n°42, où la Cour approuve également la Cour d'appel d'avoir « énoncé que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie » ; L'essentiel de droit des contrats, n°4-2015, p. 1, note N. Leblond ; JCP, E, 2015, 1207, note sous arr. S. Le Gac-Pech ; D. 2015, p. 1021, note sous arr. F. Buy ; CCC, 2015, comm. 115, note sous arr. N. Mathey ; AJCA, 2015, p. 218, note G. Chantepie ; RDC, n°3-2015, p. 523, note sous arr. M. Béhar-Touchais ; RTD Com., 2015, p. 486, note M. Chagny ; Cette position a été réaffirmée par : Cass. com., 29 sept. 2015, n°13-25.043 ; JCP, E, 2016, 1040, note sous arr. S. Le Gac-Pech.

¹⁸⁴ Art. L. 212-1, al. 2 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 132-1, al. 5 C. conso) : « Le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat ».

pratique, à un comportement d'un négociant¹⁸⁵. Le droit des pratiques restrictives de concurrence se veut probablement plus préventif, et atteint des négociations qui, il est vrai, ne sont pas le quotidien des relations entre professionnels et consommateurs, où les contrats sont le plus souvent pré-rédigés par le professionnel. Il ressort de cette différence que le droit des pratiques restrictives de concurrence appréhende tant des obligations contractuelles qui ont créé un déséquilibre significatif que des pratiques créant ou visant à créer le déséquilibre significatif, précision faite que ces pratiques peuvent être des actions, au stade de la négociation du contrat notamment, mais aussi des abstentions, en cours de contrat par exemple, comme celles qui consistent à ne pas renégocier un contrat où un déséquilibre significatif est apparu, postérieurement à sa conclusion. Le texte des pratiques restrictives de concurrence apparaît, à l'analyse, nettement plus large que le texte de droit de la consommation.

b. Deux dispositions aux contenus différents.

220. Le contrôle plus large permis par le droit des pratiques restrictives de concurrence. Au-delà des différences issues de l'emploi des termes distincts que sont les « clauses » en droit de la consommation et les « obligations » en droit des pratiques restrictives de concurrence, il apparaît que le texte du droit des pratiques restrictives de concurrence est beaucoup plus large que le texte consumériste¹⁸⁶. Le législateur, transposant la directive de 1993¹⁸⁷, a en effet limité le champ d'application des clauses abusives en droit de la consommation, puisque « l'appréciation du caractère abusif des clauses [...] ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix »¹⁸⁸. Les clauses abusives consuméristes seront donc des clauses accessoires à l'objet principal du contrat, et il apparaît clairement qu'il ne s'agit pas de la consécration plus large, en droit de la consommation, de la lésion. Cette double limite n'existe pas en droit des pratiques restrictives de concurrence, de sorte que le déséquilibre significatif peut se nicher dans les obligations principales des contrats,

¹⁸⁵ L'art. L. 442-6, I, 2° dispose en effet « soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

¹⁸⁶ V. en ce sens : G. Chantepie : « La recomposition des catégories juridiques contractuelles par le droit de la consommation d'origine européenne », in Colloque : *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, dir. D. Voinot et J. Sénéchal, Lille, 2011, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 71-88, spéc. p. 85.

¹⁸⁷ Directive 93/13/CEE précitée.

¹⁸⁸ Art. L. 212-1, al. 3. C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 132-1, al. 7. C. conso.), le texte prévoyant une exception si les clauses ne sont pas « rédigées de manière claire et compréhensible », ce qui ouvre la voie à une qualification de clause abusive pour les clauses relatives à l'objet du contrat et au prix, si elles ne sont pas clairement rédigées ; sur ce point, v. : G. Chantepie : *La lésion*, th. précitée, n°236.

dans l'ensemble de ses clauses, ainsi que dans l'adéquation du prix avec la prestation prévue par le contrat¹⁸⁹.

221. Pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif et clauses abusives. Une autre différence entre les deux dispositions ressort des deux branches du droit desquelles elles ressortissent. Les clauses abusives, incluses dans le Code de la consommation, ont pour vocation la protection du consommateur contre les stipulations rédigées par le professionnel. Le déséquilibre significatif inclus dans le droit des pratiques restrictives de concurrence, et dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce, ne vise pas la protection d'un acteur juridique particulier, de sorte que chaque professionnel visé peut apparaître alternativement, selon les contrats qu'il conclut, comme la victime du déséquilibre, ou bien comme celui qui le crée. L'objectif de protection du texte a été identifié par la doctrine¹⁹⁰, et semble être une réalité, même s'il ne transparait pas textuellement, et qu'il ne s'adresse pas à une partie en particulier. De plus, en tant que disposition du droit des pratiques restrictives de concurrence, le déséquilibre significatif apparaît d'abord comme une pratique, une façon d'agir, un comportement d'un acteur juridique, et non nécessairement comme une stipulation contractuelle, contrairement au droit de la consommation.

222. L'émancipation du déséquilibre significatif entre professionnels. La définition du déséquilibre significatif passe nécessairement par le constat de son identité terminologique avec le droit de la consommation. Mais, il ne faut pas se méprendre et se cantonner à cette ressemblance, puisque les différences sont en réalité plus nombreuses et permettent au

¹⁸⁹ Ce point est largement partagé en doctrine, v. par ex. : M. Malaurie-Vignal : « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il des limites à la négociation contractuelle ? », précité, n°20 ; M. Béhar-Touchais : « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », précité, *in fine* ; M. Chagny : « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008 », JCP, G, 2008, I, 196, n°15 ; C. Pichon de Bury, C. Minet : « Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » », CCC, 2008, étude 13, n°18 par la LME » ; S. Le Gac-Pech : « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », CCC, 2009, Etude, 12, n°34-35 ; Y. Utzschneider, A. Lamothe : « Que penser de l'introduction d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », RDC, n°3-2009, p. 1261 ; R. Saint-Esteben : « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », précité, n°16 ; M. Chagny : « De l'abus de la relation de dépendance au déséquilibre significatif », précité, n°25 ; R. Amaro : « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », précité, n°5-6 ; JCP, E, 2011, 1876 : « La responsabilité civile peut-elle servir à réduire un prix jugé excessif ? », note sous CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 19 janv. 2011, n°07/22152 et 24 mars 2011, n°10/02616, P. Stoffel-Munck, où l'auteur évoque la possibilité que le « trop-payé devienne un préjudice réparable » en raison de l'application du texte ; V. *Contra* : M. Cousin : « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? », précité, n°51-55, où l'auteur estime que le texte ne peut s'appliquer à un contrôle d'un juste prix ; Pour une application jurisprudentielle, v. : CA Paris, pôle 5, 4^e ch., 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251 ; RTD Com., 2015, p. 492, note M. Chagny ; AJCA, 2015, p. 435, note M. Chagny.

¹⁹⁰ V. par ex. : Y. Utzschneider, A. Lamothe : art. précité ; R. Saint-Esteben : art. précité, n°24 ; S. Le Gac-Pech : « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », précité, n°29.

déséquilibre significatif d'accéder au rang de pratique restrictive de concurrence à part entière. La pratique restrictive de concurrence de soumission ou de tentative de soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif peut être définie comme le comportement d'une partie, à l'occasion de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, qui consiste en la création, non nécessaire à l'économie de la relation, d'un désavantage économique ou juridique important au détriment de l'autre partie. Après avoir défini cette pratique restrictive de concurrence qui peut atteindre des clauses contractuelles, il convient d'en déterminer le régime.

B. Le champ d'application du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

223. Conditions d'application du déséquilibre significatif. La suppression, par la loi du 4 août 2008¹⁹¹, de la condition de dépendance économique ne doit pas signifier que l'ensemble des conditions d'application du texte ont disparu. Inclus dans le droit des pratiques restrictives de concurrence, le déséquilibre significatif répond au champ d'application de ce domaine, tant relativement aux personnes concernées (1), qu'aux situations visées (2).

1. Les conditions d'application quant aux personnes.

224. Ceux qui soumettent au déséquilibre significatif. L'article L. 442-6 du Code de commerce, dans lequel se trouve la sanction du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, prévoit des cas de responsabilité pour un certain nombre de catégories de personnes, limitativement énumérées. Il s'agit de tout « producteur, commerçant, industriel, ou personne immatriculée au répertoire des métiers »¹⁹². La définition des commerçants ne pose guère de difficultés, puisque le Code de commerce les désigne comme « toute personne effectuant des actes de commerce à titre de profession habituelle »¹⁹³. La catégorie des industriels regroupe « l'ensemble des activités économiques consacrées à l'extraction, à la production et à la transformation de richesses non agricoles »¹⁹⁴. Certaines de ces activités relevant des actes de commerce, les professionnels qui les accomplissent à titre de profession

¹⁹¹ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, précitée.

¹⁹² Art. L. 442-6, I C. com.

¹⁹³ Art. L. 121-1 C. com.

¹⁹⁴ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « industrie » ; V. aussi : E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « Industrie », sens 4.

habituelle sont des commerçants¹⁹⁵. Mais une partie de l'extraction¹⁹⁶ et la production en sont exclues, de sorte que les personnes qui accomplissent ces actes sont des professionnels civils. La catégorie des producteurs, couvrant en partie celle des industriels, soumet au texte également les personnes qui exercent par exemple des activités agricoles. Les producteurs sont des personnes qui « extraient, créent, façonnent, transforment une richesse destinée à être mise sur le marché »¹⁹⁷, qu'il s'agisse d'un « producteur de matière première, d'un fabricant de produits finis ou d'une partie composante »¹⁹⁸. Le texte vise également les personnes immatriculées au répertoire des métiers¹⁹⁹, c'est-à-dire notamment les artisans, définis comme les « travailleurs indépendants qui exercent un métier manuel »²⁰⁰. Il est indéniable, à la lecture de la liste des catégories de personnes soumises au texte, que la grande distribution n'en est pas la seule destinataire. Il semble que le législateur ait souhaité atteindre l'ensemble des relations commerciales qui peuvent s'établir de la production d'un bien jusqu'au revendeur final, atteignant les producteurs, les industriels, les commerçants et les artisans.

La liste légale ne semble pourtant pas répondre à la diversité des activités pouvant engendrer des pratiques restrictives de concurrence, puisqu'elle paraît se focaliser sur les biens. Ainsi, s'est posée la question de l'application du texte à des activités de services non commerciales, question à laquelle la jurisprudence a apporté une réponse positive²⁰¹. D'autres activités ne sont pas visées par le texte, comme les activités intellectuelles, regroupant les professions libérales et intellectuelles. La jurisprudence s'est sur ce point montrée extensive et estime que le texte s'applique « à toute entreprise, indépendamment de son statut juridique et de la personne qui l'exploite »²⁰². Un auteur estime qu'il faut entendre cette notion d'entreprise en droit des pratiques restrictives de concurrence de la même manière que celle du droit des

¹⁹⁵ Ainsi, selon le Code de commerce, sont des actes de commerce « toute entreprise de manufacture » (art. L. 110-1, 5° C. com.) ; sont pareillement des actes de commerce « tout achat de biens meubles pour les revendre » (art. L. 110-1, 1° C. com.).

¹⁹⁶ L'extraction est *a priori* exclue du droit commercial, mais cette règle souffre d'exceptions importantes, parmi lesquelles l'exploitation des mines qui est un acte de commerce (art. L. 131-3 C. minier) ; Sur ce point, v. : F. Dekeuwer-Defossez, E. Blary-Clément : *Droit commercial, activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 11^{ème} éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 2015, n°12.

¹⁹⁷ G. Cornu : *op. cit.*, V° « producteur ».

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Idem*, V° « répertoire (des métiers) » : « Registre tenu par la chambre des métiers où doivent être immatriculés les personnes exerçant, à titre professionnel et de façon indépendance une activité artisanale (en dehors de l'agriculture et de la pêche) n'employant pas plus de dix salariés.

²⁰⁰ *Idem*, V° « artisan ».

²⁰¹ Cass. com., 14 sept. 2010, n°09-14.322, Bull. civ., IV, n°135 ; D. 2010, p. 2150, obs. E. Chevrier ; JCP E, 2010, 2013, note sous arr. J.- J. Barbieri ; CCC, 2010, comm. 249, note N. Mathey ; RLC, 04-2011, n°27, p. 45-46, note M. Behar-Touchais ; JCP E, 2011, 1712, n°8, note W. Tadjudje, *in chr.* « Droit coopératif », dir. D. Hiez.

²⁰² Cass. com., 21 janv. 2014, n°12-29.166, Bull. civ., IV, n°11 ; RDC, 2014, n°3, p. 415, note M. Behar-Touchais.

pratiques anticoncurrentielles²⁰³, c'est-à-dire d'une part comme « toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement »²⁰⁴. D'autre part, l'entreprise a été assimilée en droit de la concurrence à une unité économique²⁰⁵, c'est-à-dire « une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels ou immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé, même si, du point de vue juridique, cette unité économique est composée de plusieurs personnes physiques ou morales »²⁰⁶. Aussi, il n'est pas nécessaire que l'entreprise soit dotée de la personnalité juridique²⁰⁷. Désormais, à moins que la jurisprudence ne vienne montrer des distinctions entre l'entreprise au sens du droit des pratiques anticoncurrentielles, et l'entreprise au sens du droit des pratiques restrictives de concurrence, il apparaît que toute entreprise est désormais soumise au droit des pratiques restrictives de concurrence, ce qui constitue une extension, *contra legem*, du champ d'application des pratiques restrictives de concurrence par la jurisprudence, consistant à appliquer ses dispositions à des professions libérales par exemple. Le créateur du déséquilibre significatif est donc largement entendu en droit des pratiques restrictives de concurrence, comme une entreprise, mais demeure la question de savoir au détriment de qui le déséquilibre est-il créé.

225. Les soumis au déséquilibre significatif. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est à la fois précis et vague sur la question de savoir qui peut souffrir du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Le texte est précis en ce qu'il vise le « partenaire commercial » du créateur du déséquilibre, c'est-à-dire d'une entreprise. Mais, il demeure vague en raison de l'absence de définition de ce terme. Tout juste peut-on savoir que la notion implique un « examen concret de la relation et de l'objet du contrat »²⁰⁸. Le terme « partenaire » désigne « la personne avec qui on est en relation »²⁰⁹. Plus précisément, le partenaire « participe avec d'autres à des négociations pour la défense de ses intérêts, il n'est

²⁰³ L. Arcelin-Lécuyer : « La contagion de la notion d'entreprise en droit économique (à propos de Cass. com., 21 janv. 2014) », JCP, E, 2014, 1134.

²⁰⁴ La définition a été dégagée en jurisprudence : CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner, n°21.

²⁰⁵ Cette précision est issue de la jurisprudence, v. par ex. : CJCE, 12 juill. 1984, aff. C-170/83, Hydrotherm, n°11 ; Trib. UE, 11 déc. 2003, aff. T-66/99, Minoan Lines, n°121-122 ; Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-146/09, Parker, n°84.

²⁰⁶ Trib. UE, 17 mai 2013, précité, *loc. cit.*

²⁰⁷ Cette précision est issue de la jurisprudence : CJCE, 28 juin 2005, aff. jointes C-189/02, C-202/02, C-205/02, C-208/02, C-213/02, Dansk Rorindustri, n°113. *Adde* : D. Bert : *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. Boucobza, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, LGDJ, 2011, n°299, et plus généralement, sur la définition de la notion d'entreprise, n°295-299.

²⁰⁸ CEPC, avis n°15-01 relatif à une demande d'avis sur un contrat portant sur la création de site internet au regard de sa conformité avec l'article L. 442-6, I, 2° et 2° du Code de commerce ; ce dont il semble résulter un champ d'application limité aux relations contractuelles, en ce sens, v. : E. Dieny : *op. cit.*, n°17 et s.

²⁰⁹ Dictionnaire Larousse : V° « partenaire ».

pas encore contractant, ni adversaire dans une procédure »²¹⁰. La disposition ayant vocation à s'appliquer à l'occasion d'un contrat, le partenaire est d'abord une relation à visée contractuelle, afin d'englober la période des négociations, mais s'applique également pendant la durée du contrat²¹¹. Le législateur, en employant le terme, ne vise pas simplement les contractants, mais l'ensemble des relations d'une entreprise²¹², ce qui inclut les relations futures, et par hypothèse avec des non-encore-partenaires, *via* la tentative de soumission au déséquilibre significatif. Le terme « commercial » est quant à lui *a priori* plus précis, il semble limiter la disposition aux relations commerciales. La relation peut être commerciale parce qu'elle est nouée avec un commerçant, une société commerciale, ou parce qu'elle concerne un acte de commerce²¹³. Le terme paraît limiter les relations soumises au déséquilibre significatif aux seules relations commerciales. Mais, se pose la question de savoir si, plus largement, le texte ne concerne pas les relations professionnelles²¹⁴. Ce terme permet d'englober les relations commerciales, mais également d'aller plus loin, en concernant les relations nouées avec des professionnels ou des sociétés civiles, comme par exemple un agriculteur. La question peut sembler en réalité moins large qu'il n'y paraît puisque la relation pourra être considérée comme commerciale dès lors que l'une des parties est commerçante ou est une société commerciale. Elle garde néanmoins tout son sens lorsque le créateur du déséquilibre est un producteur ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, et que celui qui est soumis au déséquilibre significatif n'est pas commerçant, en d'autres termes, lorsque la relation professionnelle est purement civile. Elle l'est d'autant plus depuis que les créateurs du déséquilibre significatif peuvent être n'importe quelle entreprise, notion largement entendue en droit de la concurrence,

²¹⁰ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « partenaire ».

²¹¹ Sur ce point, v. : CA Versailles, 12^{ème} ch., 27 oct. 2011, n°10/05259, où la Cour estime que « le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties doit s'apprécier dans la formation et l'exécution des relations contractuelles entre les parties au contrat » ; Concurrences, n°2-2012, p. 96, note M. Chagny ; *Adde* : J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », CCC, 2013, étude 14.

²¹² Ainsi, l'absence de relation contractuelle n'empêche pas l'application de la disposition, sur ce point, v. CA Douai, ch. 2, section 1, 13 sept. 2012, n°12/02832 : « l'article L.442-6, 1° et 2° du Code de commerce vise de façon générale les partenaires commerciaux sans instaurer la moindre réserve concernant la nature ou la forme de leurs relations ». V. toutefois, la conception plus restrictive, exigeant une certaine continuité dans les rapports contractuels, retenue par CA Lyon, 1^{ère} ch. civ., A, 10 mai 2012, n°10/08302 : « L'article L. 442-6 I, 2° du Code de commerce ne concerne que les rapports entre partenaires commerciaux, qualification qui suppose une certaine continuité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, les parties étant seulement liées par deux contrats ponctuellement souscrits », confirmé par la même Cour, 1^{ère} ch. civ., A, 16 mai 2013, n°11/07152 ; Concurrences, 07-2013, n°3, p. 96, note M. Chagny ; Sur ces jurisprudences, v. : J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : *op. cit.* ; M. Chagny : « l'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », RTD Com., 2013, p. 500 ; R. Rue, N. Contis : « Cinq ans de jurisprudence sur la notion de « déséquilibre significatif ». Bilan et perspectives », JCP, G, 2014, 323 ; N. Lajnef : « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », RLC, 4-2014, n°39, p. 171-177.

²¹³ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « commercial ».

²¹⁴ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, V° « professionnel », c'est-à-dire inhérent à l'activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence.

et non limitée aux entreprises commerciales. La jurisprudence avait considéré, à l'égard d'une autre pratique restrictive de concurrence aux conditions similaires, que la « relation commerciale établie » englobait une relation exclusivement civile²¹⁵, même à but non-lucratif²¹⁶. En appliquant la pratique de déséquilibre significatif, la jurisprudence n'est pas unanime, et a parfois refusé la mise en œuvre de la disposition en présence d'une relation purement civile²¹⁷, mais l'a plus souvent accepté²¹⁸, parfois même en interprétant plus largement la notion de « partenaire commercial » comme un « partenaire économique »²¹⁹. Ce qui pouvait apparaître comme une limite du texte fait l'objet d'une interprétation extensive en jurisprudence, qui l'étend, alors que la loi ne le prévoyait pas, aux relations qui peuvent être nouées entre deux professionnels civils. Ainsi, la situation dans laquelle une des parties à la relation, le créateur du déséquilibre entre dans le champ d'application du texte, mais l'autre partie, reste en dehors de celui-ci entrerait dans le champ d'application du texte, comme par exemple dans une relation entre un artisan et un agriculteur, et où l'artisan créerait un déséquilibre significatif au détriment de l'agriculteur. L'agriculteur ne peut alors pas être considéré comme une relation commerciale, mais peut entrer dans le champ d'application du texte via la notion de partenaire économique. Les relations non-commerciales n'apparaissent pourtant pas totalement démunies pour autant, puisque peut être appliquée à leur égard, mais seulement dans les relations sans lien avec leur activité, la disposition consumériste. Désormais, si la relation civile est nouée dans le cadre de l'activité de chaque partie, comme par exemple l'artisan ébéniste qui contracte avec un sylviculteur ou l'artisan bottier qui

²¹⁵ Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-18.050, Bull. civ., IV, n°208, rendu en matière de rupture brutale des relations commerciales établies ; D. 2009, p. 164, note E. Chevrier ; JCP, G, 2009, II, 10034, note sous arr. A.- L. Archambault ; CCC, 2009, comm. 100, note N. Mathey ; RLC, 04-2009, n°19, p. 40-41, note M. Behar-Touchais ; RDC, n°3-2009, p. 1048, note G. Viney.

²¹⁶ Cass. com., 14 sept. 2010, précité.

²¹⁷ CA Nancy, 2^{ème} ch. civ., 31 mai 2012, n°09/01190, qui précise que « le texte (...) suppose l'existence d'un partenariat économique entre les parties, ne peut utilement être invoqué dans les rapports bailleur-preneur » ; Sur cet arrêt, v. J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », précité ; M. Chagny : L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », précité ; CA Nancy, 14 fév. 2013, n°12/00378, qui estime, pour refuser l'application de la disposition, que le partenaire économique que vise le texte désigne « le professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une action quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer des concert des actes ensemble dans les activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus étroite de cocontractant » ; CA Paris, Pôle 2, ch. 2, 6 mars 2015, n°13/20879, où la Cour refuse l'application de l'art. L. 442-6, I, 2° C. com. à une relation entre un conseil en gestion de patrimoine et une société de financement de biens d'équipements pour les professionnels qui s'incarnait en un contrat de location de site internet ; CCE, 2015, comm. 41, note sous arr. G. Loiseau.

²¹⁸ CA Angers, 1^{ère} ch. section A, 24 avr. 2012, n°11/01541, qui applique la disposition à une société d'avocats ; confirmé par CA Paris, 7 juin 2013, Pôle 5, ch. 11, n°11/08674, qui applique la disposition à un contrat de location de matériel conclu entre une société de location et un cabinet d'avocats ; CCC, 2013, comm. 208, note N. Mathey ; Plus globalement, v. M. Chagny : *op. cit.*

²¹⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n°12/01166, où le terme est employé à l'égard de la pratique restrictive de concurrence de rupture brutale d'une relation commerciale établie ; CCC, 2013, comm. 208, note N. Mathey ; Sur la mise en évidence de cette évolution : M. Chagny : *op. cit.*

contracte avec un éleveur de bétail, les éventuels déséquilibres significatifs pourront être atteints sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, grâce aux interprétations extensives de la jurisprudence. Celles-ci peuvent être perçues comme réalisées *contra legem*, puisque la loi ne visait que les partenaires commerciaux, et aurait dû conduire à l'exclusion de son champ d'application de la relation artisan-agriculteur. Il apparaît, après étude de quelques applications du déséquilibre significatif, que le champ d'application se trouve élargi par la jurisprudence. Ainsi, celui qui soumet au déséquilibre peut être une « entreprise » et celui qui y est soumis est un « partenaire économique » de cette entreprise, ce qui étend sensiblement le champ d'application du texte. Face à cette conception extensive du déséquilibre significatif, se pose la question de savoir s'il ne va pas jusqu'à couvrir une partie du champ d'application de la disposition consumériste de prohibition des clauses abusives.

226. Confrontation avec le domaine de la disposition consumériste. Il a été mis en évidence que les clauses abusives consuméristes trouvent à s'appliquer non seulement dans les relations entre un professionnel et un consommateur, mais aussi entre un professionnel et un non-professionnel²²⁰. La jurisprudence a défini le non-professionnel comme celui qui agit sans lien direct avec son activité professionnelle, et qui ne contracte pas en qualité de commerçant²²¹. La loi le définit désormais comme une personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole²²². Le non-professionnel du droit de la consommation est ainsi potentiellement un professionnel²²³, mais agissant en dehors de son activité. Il est certain que si deux professionnels civils agissent dans le cadre de leur activité et concluent un contrat, le bénéfice de la législation consumériste ne peut leur être accordé. Mais, celle-ci peut trouver application dans des relations entre professionnels, si une partie n'agit pas en lien direct avec son activité, comme par exemple un professionnel civil, architecte ou médecin²²⁴, qui conclut un contrat avec une société de fourniture d'énergie, ou de télécommunications. Pourtant, cette relation entre dans le domaine de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, puisqu'une partie est commerçante, et que le « partenaire » peut donc être qualifiée à son égard de commercial. Se

²²⁰ Cf. *Supra*, n°212.

²²¹ V. : Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995 ; Cass., com., 23 nov. 1999, précités.

²²² Art. liminaire C. conso., tel qu'issu de l'ord. n°2016-301.

²²³ La qualification peut également s'appliquer au consommateur, lorsqu'il est vendeur d'un bien ou fournisseur d'une prestation de services. V. sur ce point : N. Sauphanor-Brouillaud : « Clauses abusives », in Répertoire Dalloz de droit commercial, n°30.

²²⁴ A condition toutefois, que ce professionnel ait la personnalité morale, l'art. liminaire C. conso. prévoit en effet que le « non-professionnel est une personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

pose alors la question du choix du fondement pour agir, si le professionnel civil est soumis à un déséquilibre significatif par un commerçant. En réalité, si le contrat concerné entre dans l'activité du professionnel civil, il ne pourra agir que sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence, alors que s'il n'y en a pas, il pourra choisir d'agir sur le fondement du droit de la consommation. Il faut également préciser que si le professionnel n'a pas la personnalité morale, son action ne pourra pas se fonder sur le droit de la consommation²²⁵, mais sera possible sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence, qui ne contient pas cette condition.

2. Les conditions d'application quant aux situations.

227. Soumettre ou tenter de soumettre à un déséquilibre significatif à l'occasion d'un contrat. Les conditions d'application du texte quant aux situations apparaissent relativement aisées à mettre en évidence, puisque le texte vise le partenaire commercial d'une entreprise, et que cela suppose un contexte contractuel²²⁶. L'existence de ce contexte ne suppose pas nécessairement de contrat conclu, mais concerne également la période précontractuelle, les pourparlers, et même la période post-contractuelle. Un auteur évoque pour décrire les comportements appréhendés par les pratiques restrictives de concurrence « la matrice contractuelle »²²⁷, ce qui lui permet d'y englober l'ensemble du contexte contractuel. Le terme évoque sous sa plume le lieu où naissent les pratiques restrictives de concurrence²²⁸. Il est vrai que la majorité des pratiques restrictives de concurrence sont mises en place à l'occasion d'un contrat entre professionnels, même s'il faut se méfier de toute généralité, puisque certaines pratiques restrictives de concurrence sont sanctionnées sans que la condition d'un contexte contractuel ne soit remplie²²⁹. Pour autant, le déséquilibre significatif s'impose comme l'archétype de la pratique restrictive de concurrence appréhendée à l'occasion d'un

²²⁵ Cf. la définition du non-professionnel de l'art. liminaire C. conso., qui ne permet d'accorder la qualification de non-professionnel qu'aux personnes morales.

²²⁶ Cf. CA Versailles, 12^{ème} ch., 27 oct. 2011, précité ; E. Diény : *op. cit.*, n°17.

²²⁷ G. Mallen : *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de concurrence. Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, thèse, préf. L. Arcelin-Lécuyer, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014, n°6 et s.

²²⁸ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « matrice », définit en anatomie comme « l'organe qui chez la femme, contient le produit de la conception jusqu'à la mise au monde », ou en minéralogie comme le « lieu ou la substance dans laquelle se forment les minéraux ».

²²⁹ Sur ce point, v. art. L.446-6, I, 11° C. com. qui interdit l'annonce de prix en dehors des lieux de vente pour les fruits et légumes frais ; art. L. 442-2 qui interdit la revente à perte ; L. 442-8 qui interdit le para-commercialisme. Il pourrait être possible de considérer que ces pratiques restrictives de concurrence sont sanctionnées dans un contexte contractuel entre un professionnel et un consommateur, mais ce contexte n'en est pas une condition.

contrat. L'étude d'applications jurisprudentielles de la disposition devrait permettre de cerner davantage les contrats concernés.

228. Contrats de la chaîne de distribution. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a « vocation à appréhender toute situation »²³⁰, mais il est patent que sont particulièrement visés les contrats conclus tout au long de la chaîne de distribution des produits et des services, entre le producteur et le consommateur final. Ainsi, les applications jurisprudentielles du déséquilibre significatif concernent notamment les relations entre les centrales d'achat ou de référencement et les fournisseurs²³¹. Ont été atteintes des stipulations diverses²³² sur le fondement du texte, comme des clauses d'obligation d'intervention à l'instance²³³, de ristournes²³⁴, d'organisation de la livraison²³⁵, de pénalités²³⁶, de retour des invendus²³⁷, mais aussi concernant des clauses relatives au prix et aux délais de paiement²³⁸, même s'il a été précisé que le travail jurisprudentiel ne consiste pas à fixer le prix, mais à vérifier l'absence de déséquilibre significatif dans la fixation du prix²³⁹. La jurisprudence a parfois exigé que le déséquilibre significatif apparaisse dans un contrat effectivement conclu entre une entreprise et un partenaire, refusant l'application du déséquilibre significatif à un

²³⁰ Selon les termes de l'avis de la CEPC du 22 déc. 2008.

²³¹ V. par ex. : T. com. Lille, 6 janv. 2010, n°2009-05184 ; JCP E, 2010, act. 84, note J.- C. Grall ; CCC, 2010, comm. 71, note sous arr. N. Mathey ; D. 2010, p. 1000, note sous arr. J. Sénéchal ; RLC, 04-2010, n°23, p. 43-47, note M. Béhar-Touchais ; RDC, n°3-2010, p. 928, note M. Béhar-Touchais.

²³² V. pour d'autres ex. : J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », précité ; M. Chagny : *op. cit.*

²³³ T. com. Paris, 20 mai 2014, n°2013-070793, Cf. *Infra*, note n°245.

²³⁴ T. com. Lille, 6 janv. 2010, précité.

²³⁵ CA Bordeaux, 2^{ème} ch. civ., 21 nov. 2011, n°10/02746 ; J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : *op. cit.*

²³⁶ T. com. Créteil, 13 déc. 2011, (Système U), n°2009F01017 ; CCC, 2012, comm. 62 : « Nouvelles décisions sur le déséquilibre significatif », note N. Mathey.

²³⁷ T. com. Meaux, 24 janv. 2012, n°2009/02296, et sur la même aff. la confirmation partielle : CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n°12/07651 ; RLC, 1-2014, n°38, p. 43, note J.- C. Grall et P. Tourret ; J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : *op. cit.*

²³⁸ T. com. Lille, 6 janv. 2010, précité ; T. com. Lille, 7 sept. 2011, n°2009/05105 ; RDC, n°1-2012, p. 143, et p.145, notes M. Béhar-Touchais ; JCP E, 2011, 1701, note G. Chantepie ; Ce jugement a été confirmé par CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n°11/17941 ; D. 2014, p. 893, note D. Ferrier *in* Chr. « Concurrence-distribution janv. 2013-déc. 2013 » ; RTD Civ., 2014, p. 114, note H. Barbier ; T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n°2009/02295 ; CCC, 2012, comm. 62, note N. Mathey ; RLDA, 5-2012, n°70, p.36-41, note T. Titone, F. Coulon ; RLC, 4-2012, n°31, p. 42-44, notes M. Béhar-Touchais ; J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : *op. cit.* ; *Adde* la confirmation par CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, n°12/04791 ; CCC, 2014, comm. 63, note M. Malaurie-Vignal, et le rejet du pourvoi par Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907, précité ; T. com. Créteil, 13 déc. 2011 (GALEC), n°2009F01018 ; CCC, 2012, comm. 62, note N. Mathey.

²³⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n°12/01166 : « Il n'appartient pas aux juridictions de fixer les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, celles-ci doivent néanmoins, compte tenu des termes de ce texte, examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif » ; Concurrences n°3-2013, p. 99, note J.- L. Fourgoux ; RDC, n°3-2014, p. 411, note M. Béhar-Touchais ; J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : *op. cit.*

contrat-type²⁴⁰, ce que pourtant, le texte, via la précision « tenter de soumettre » atteint également²⁴¹. La disposition est également appliquée à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'un contrat, comme celle qui consiste, pour un distributeur, à passer outre les conditions générales de vente du fournisseur, pour appliquer systématiquement ses conditions générales d'achat²⁴². Ces exemples permettent d'affirmer que la disposition n'est pas limitée en termes de situations visées, et se trouve en mesure d'appréhender l'ensemble des déséquilibres significatifs qui peuvent naître à l'occasion d'un contrat. Pour tenter d'empêcher une telle critique de la part des fournisseurs, certains distributeurs ont stipulé des clauses de garantie d'équilibre contractuel²⁴³. L'objectif de ces stipulations devait être d'éviter une critique de la part du fournisseur sur le fondement du texte, mais également une défense commune face à une éventuelle action du ministre²⁴⁴, via une intervention à l'instance. Ces stipulations ont été considérées comme entachées de déséquilibre significatif, en raison de l'atteinte au droit fondamental de ne pas agir en justice, constituée par l'absence de négociation de la clause, qui traduit une imposition de celle-ci par « soumission »²⁴⁵.

²⁴⁰ T. com. Créteil, 13 déc. 2011, n°2009F01018 et n°2009/01017, précités qui précisent en substance que le Tribunal ne peut statuer sans référence à des contrats précis et à des fournisseurs précis.

²⁴¹ V. en ce sens : T. com. Lille, 7 sept. 2011 précité qui s'intéresse de manière générale à une pratique d'un distributeur envers plusieurs fournisseurs, et non à une ou plusieurs stipulations d'un contrat ; CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n°12/07651, précité qui précise qu'il est possible d'appréhender un déséquilibre significatif globalement, à partir d'un ensemble de situations, la Cour se prononçant relativement à un contrat-type proposé à plusieurs fournisseurs.

²⁴² CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n°12/00150 ; CCC, 2014, alerte 13, note L. Molinié et N. Contis ; CCC, 2014, comm. 64, note N. Mathey ; RLC, 4-2014, n°39, p. 45-48, note J.- C. Grall et T. Buissonnière ; RDC, n°3/2014, p. 411, note M. Béhar-Touchais ; v. aussi la confirmation par Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387, à paraître au bulletin ; CCC, 2015, comm. 229, note sous arr. N. Mathey ; RTD Com., 2015, p. 486, note M. Chagny ; *idem* p. 578, note B. Bouloc ; RTD civ., 2015, p. 606, note H. Barbier ; AJCA, 2015, p. 379, note S. Bros ; L'essentiel Droit des contrats, 2015, n°7, p. 1, note N. Leblond.

²⁴³ Le groupement GALEC a en effet stipulé la clause suivante dans certains contrats conclus avec des fournisseurs : « Au terme de leur négociation, les parties déclarent que l'ensemble des clauses et conditions récapitulées dans le présent contrat-cadre et ses annexes sont équitables, chacune participant à l'équilibre contractuel voulu de part et d'autre sans lequel elles n'auraient pas contracté. Les parties déclarent avoir négocié de bonne foi, puis signé le contrat librement sans aucune soumission de l'une à l'autre. Chaque partie s'engage à intervenir dans toute procédure ou instance qui viendrait à être engagée par un tiers au contrat, pour faire valoir sa position sur celui-ci tel qu'il a été négocié et conclu » ; Sur cette clause, v. R. Delescluse : « Grande distribution, promos, prix cassés, qui paie l'addition ? », documentaire, 52 minutes, diffusé sur France 5, le 16 mars 2014, 33^{ème} minute, témoignage de l'avocat Me F. Berthault, qui donne lecture de ladite clause.

²⁴⁴ Sur celle-ci, Cf. *Infra*, n°370 et s.

²⁴⁵ T. com. Paris, 20 mai 2014, 1^{ère} ch. A, n°2013-070793 : Le tribunal constate en substance la possibilité de disposer du droit d'agir en justice contractuellement. Il constate également que la clause litigieuse avait été négociée, amendée et/ou retirée des contrats par certains fournisseurs. Il déduit du fait que la clause soit demeurée dans les contrats conclus avec des fournisseurs moins importants que ceux-ci y ont été soumis par le distributeur, ce dont il résulte un déséquilibre significatif ; AJCA, 2014, p. 243, note L. Constantin ; RDC, n°4-2014, p. 672, note M. Béhar-Touchais ; Notons que le même distributeur avait auparavant mis en place une pratique selon laquelle ses fournisseurs devaient ne pas accepter les indemnisation obtenues après une procédure sur initiative du ministre de l'économie, ou devaient restituer les sommes obtenues au distributeur, cette pratique a été considérée comme créant un déséquilibre significatif par T. com. Paris, 22 nov. 2011, RLC, 4-2012, n°31, p. 44-45, note M. Béhar-Touchais.

229. Autres contrats conclus entre les entreprises et leurs partenaires commerciaux. Bien que le texte vise particulièrement les contrats de la chaîne de distribution, il n'y est pas limité, c'est-à-dire que les autres contrats qui peuvent être conclus entre une entreprise et un partenaire commercial ne sont pas exclus, et la jurisprudence a parfois appliqué la disposition à ces contrats. Ainsi par exemple, le déséquilibre significatif s'applique dans un contrat de courtage²⁴⁶, de sous-traitance²⁴⁷, de location de meubles²⁴⁸, de collaboration libérale entre avocats²⁴⁹, ainsi que, plus généralement, dans la distribution non-alimentaire²⁵⁰. Le déséquilibre significatif n'est pas limité à la seule distribution, mais concerne plus largement l'ensemble des contrats entre professionnels, d'autant que son champ d'application a été entendu très largement par la jurisprudence, jurisprudence dont il faut se demander si elle a abouti à l'émergence d'un critère permettant de mettre en évidence le déséquilibre significatif dans les rapports entre professionnels.

230. Critère concret de mise en évidence du déséquilibre significatif. La jurisprudence n'a pas appliqué de critère systématique permettant la mise en évidence d'un déséquilibre significatif. Il est possible de déduire de la pratique du texte que le caractère non négocié de stipulations peut en être un indice²⁵¹, tout comme l'absence de réciprocité des

²⁴⁶ CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 12 sept. 2013, n°11/22934 ; CCC, 2014, comm. 7, note N. Mathey, v. aussi : JCP, E, 2014, 1052.

²⁴⁷ CA Paris, 12 déc. 2013, n°11/18274 ; RDC, n°3-2014, p. 411 : « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », note M. Béhar-Touchais ; CA Rouen, 1^{ère} ch. civ., 12 déc. 2012, n°12/01200 ; J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : *op. cit.*

²⁴⁸ V. pour un contrat de location de véhicules : CA Douai, 2^{ème} ch. civ. sect. 2, 11 avr. 2013, n°12/02678 ; pour un contrat de location de matériel informatique, CA Colmar, 10 avril 2013, n°12/02678 ; Pour un contrat de location de photocopieurs, CA Paris, 7 juin 2013, pôle 5, ch. 11, n°11/0867, précité.

²⁴⁹ CA Angers, 1^{ère} ch. civ., sect. A, 24 avr. 2012, n°11/01541, précité.

²⁵⁰ V. pour des ex. d'application à divers contrats : J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », précité ; M. Chagny : L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », précité ; M. Ponsard : « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », CCC, 2013, dossier 4 ; I. Luc : « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », in Dossier : *Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires*, AJCA, 2014, p. 109 ; M. Chagny : L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », précité ; E. Gicquiaud : « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD Com., 2014, p. 267 ; N. Lajnef : « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », RLC, 4-2014, n°39, p. 171-177 ; M. Chagny : « Le déséquilibre significatif devant la Cour d'appel de Paris », note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n°13/11059, où la disposition est appliquée aux rapports entre un GIE et un de ses membres dans le secteur de la publicité radiophonique ; *Adde* : M. Béhar-Touchais : « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », JCP, G, 2015, 603, où l'auteur tend à démontrer que les applications les plus significatives du textes ont eu lieu dans le secteur de la grande distribution, alimentaire ou non, et sont nettement moins nombreuses en dehors de ce secteur.

²⁵¹ T. com. Lille, 6 janv. 2010, précité ; Certains auteurs ont même pu montrer qu'il s'agit de l'essentiel des applications du texte, sur ce point, v. : E. Gicquiaud : « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », précité, spéc. n°18 ; M. Béhar-Touchais : « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », précité, spéc. n°19 ; *Contra* : CA Paris, 18 déc. 2013, précité, où la Cour précise que « dans la convention, même négociée, il existe fondamentalement un déséquilibre ».

stipulations²⁵², de même que celles qui sont imposées²⁵³, ou disproportionnées²⁵⁴, ou encore la « présence d'obligations injustifiées à la charge du fournisseur »²⁵⁵. Pourtant, textuellement, la disposition n'est pas limitée à ces situations²⁵⁶, et il ne peut donc s'agir que d'indices d'une situation de déséquilibres, mais non d'une définition objective du déséquilibre significatif. Il a d'ailleurs été précisé qu'une stipulation réciproque peut être entachée d'un déséquilibre significatif²⁵⁷. La jurisprudence a parfois donné une définition de la pratique, considérant qu'il s'agissait « d'imposer à un partenaire des conditions commerciales telles que le partenaire ne reçoit qu'une contrepartie dont la valeur est disproportionnée »²⁵⁸. Cette définition reste large et laisse place à l'appréciation *in concreto* de chaque situation par les juridictions qui sont saisies pour sanctionner un déséquilibre significatif. Il est possible qu'un critère réside toutefois dans la nature de pratique restrictive de concurrence du déséquilibre significatif. Cette nature permet de mettre en évidence l'entrecroisement qu'opère le déséquilibre significatif entre la pratique, le comportement qui conduit à soumettre à un déséquilibre significatif, et son résultat, le déséquilibre lui-même, consacré par un contrat, ou une ou plusieurs clauses de celui-ci. Le résultat n'est pas indispensable, puisque la tentative de soumission au déséquilibre significatif peut être sanctionnée, au stade où il s'agit d'une pratique et non (encore) de stipulations contractuelles, de même que si les stipulations n'ont pas reçu d'application²⁵⁹. Cet entrecroisement entre le fait juridique auquel appartient la pratique, et l'acte juridique, auquel appartiennent les clauses et les contrats, doit permettre la mise en évidence d'un critère du déséquilibre significatif, celui de pratique, de comportement d'un contractant visant à soumettre une autre partie à un déséquilibre significatif, à l'occasion d'un contrat. Il s'agit de la « soumission » au déséquilibre, qui peut résulter de l'absence de négociations, ou de la manière

²⁵² T. com. Lille, 7 sept. 2011, précité ; CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n°13/11059 ; AJDA, 2015, p. 39, note C. Pecnard et C. Tournaire ; RTD Com. 2014, p. 785, note M. Chagny ; *Adde* : E. Gicquiaud : « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », précité, spéc. n°19.

²⁵³ CA Paris, 23 mai 2013, n°12/01166, précité.

²⁵⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n°13/11059, précité.

²⁵⁵ CA Paris, 11 sept. 2013, n°09/02296 ; RDC, n°2-2014, p. 231, note M. Béhar-Touchais ; CA Paris, 1^{er} oct. 2014, pôle 5, ch. 4, n°13/16336 ; AJCA, 2014, p. 373, note J.- L. Fourgoux ; RTD Com. 2014, p. 785, note M. Chagny.

²⁵⁶ V. en ce sens : M. Chagny : « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », précité.

²⁵⁷ T. com. Paris, 20 mai 2014, précité.

²⁵⁸ CA Paris, 23 mai 2013, précité ; V. aussi : M. Chagny : « Le déséquilibre significatif devant la Cour d'appel de Paris », précité, où l'auteur définit le déséquilibre significatif comme un « avantage manifestement disproportionné au regard de ce dont bénéficie l'autre partie ».

²⁵⁹ Sur ce point, v. CA Paris, 4 juill. 2013, pôle 5, ch. 5, n°12/07651, précité : « Le texte précise que la tentative engage tout autant la responsabilité de son auteur que la mise en œuvre de la soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif, il importe peu qu'il ne soit pas démontré que la clause ait été appliquée » ; CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n°12/00150 précité : « l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a vocation à être appliqué pour ces stipulations de pénalités qui créent un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur, peu important que les clauses soient ou non appliquées ».

dont se déroulent les négociations. Une fois mise en évidence la pratique, la jurisprudence analyse son résultat, le déséquilibre, et évalue son caractère significatif, grâce, par exemple, à la disproportion, à la présence de stipulations imposées, ou d'obligations injustifiées ou encore à l'absence de réciprocité. Le déséquilibre significatif permet alors la sanction de clauses, qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, mais il ne peut être érigé en critère de qualification de l'ensemble des clauses qui ont pour effet une pratique restrictive de concurrence.

§2 : L'échec du déséquilibre significatif comme critère de qualification des clauses en pratique restrictive de concurrence.

231. Critère du déséquilibre significatif et clauses mettant en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. Les clauses qui ont pour finalité des pratiques restrictives de concurrence peuvent être considérées comme des stipulations contractuelles traduisant un comportement restrictif de concurrence de l'une des parties. Le critère du déséquilibre significatif apparaît comme particulièrement intéressant dans la mission de débusquer de telles stipulations, puisqu'il a vocation à appréhender les déséquilibres significatifs créés dans les droits et obligations des parties, par l'une des parties, notamment, une fois le contrat conclu, via une ou plusieurs clauses (A). Pourtant, le déséquilibre significatif se révèle inadapté à qualifier l'ensemble des clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence (B).

A. L'intérêt du critère du déséquilibre significatif.

232. La généralité du déséquilibre significatif. Le déséquilibre significatif s'impose comme le premier outil général permettant l'appréhension de clauses qui mettent en œuvre une pratique restrictive de concurrence, en l'occurrence celle qui consiste à soumettre ou à tenter de soumettre son partenaire commercial à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Bien sûr, les pratiques restrictives de concurrence appréhendaient avant l'adoption de ce texte des clauses²⁶⁰ qui peuvent être regardées comme mettant en œuvre des pratiques restrictives de concurrence, mais le déséquilibre significatif, émancipé de la condition de dépendance économique, est la première des pratiques restrictives de concurrence à être libellée en termes aussi généraux. Erigé en critère de qualification des clauses qui traduisent

²⁶⁰ Dans l'art. L. 442-6 du Code de commerce (avant la loi LME du 4 août 2008), étaient par exemple sanctionnées le fait, en abusant de la relation de dépendance, ou de sa situation de puissance d'achat de ou vente, de soumettre son partenaire à des « conditions commerciales ou obligations injustifiées » (ex-art. L. 442-6, I, 2°, b).

une pratique restrictive de concurrence, le déséquilibre significatif est un critère suffisamment général pour s'appliquer à des situations diverses, qui dépassent les seules relations contractuelles de la chaîne de distribution. La généralité du déséquilibre significatif se trouve liée à la largeur de ce critère.

233. La largeur du déséquilibre significatif. Le texte de sanction des déséquilibres significatifs dans les droits et obligations des parties inclus dans le droit des pratiques restrictives de concurrence est un texte relativement large, par rapport à son pendant consumériste, en ce qu'il ne se limite pas aux clauses, et qu'il s'étend à des clauses que le droit de la consommation prend soin d'exclure²⁶¹. Cette largeur textuelle a été complétée par une interprétation particulièrement extensive du texte par la jurisprudence, notamment dans le domaine de son champ d'application *rationae personae*. En effet, la construction jurisprudentielle prend soin de ne pas limiter le texte aux relations de distribution, et d'interpréter la liste des possibles créateurs de déséquilibres significatifs de manière large, en estimant que toute entreprise peut être créatrice d'un tel déséquilibre²⁶². Elle tend même à outrepasser ce qui semblait être une limite législative, en requalifiant le « partenaire commercial » dont il est question pour désigner le soumis au déséquilibre, en partenaire économique, notion éminemment plus large²⁶³. Le champ d'application de la disposition n'est guère limité, et il semble qu'il puisse s'appliquer dans l'ensemble des relations entre deux professionnels, voire entre un professionnel et un non-professionnel, tant que celui-ci n'a pas la qualité de consommateur, où il entre alors en concurrence avec le champ d'application du texte consumériste de sanction des clauses abusives, qui vise expressément les non-professionnels comme bénéficiaires de la protection aux côtés des consommateurs²⁶⁴.

234. Le caractère séduisant du déséquilibre significatif pour qualifier les clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. La généralité du texte et la largeur de son champ d'application non démentie en jurisprudence rend le critère du déséquilibre significatif entre les droits et obligations particulièrement séduisant comme critère de qualification des clauses qui mettent en œuvre une pratique restrictive de concurrence. Il apparaît même qu'il s'agisse de la raison d'être de la disposition, d'appréhender des clauses qui traduisent une pratique restrictive de concurrence, celle consistant à créer un déséquilibre significatif. Les applications de la disposition sont nombreuses, de sorte que le reproche qui fut

²⁶¹ Cf. *Supra*, n°220 et s.

²⁶² Cf. *Supra*, n°224.

²⁶³ Cf. *Supra*, n°225.

²⁶⁴ Cf. *Supra*, n°212.

fait à l'appréhension de la dépendance économique sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence²⁶⁵ – de trop rares applications – ne pourra être pareillement fait à l'égard du déséquilibre significatif. Ce succès pratique ne peut que renforcer le caractère séduisant du critère pour l'ensemble des clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. Néanmoins, il faut dépasser ces caractéristiques qui plaident en faveur de ce qui apparaît comme une généralisation encore accrue du critère, pour constater que celui-ci est inadapté à une telle généralisation.

B. L'inadaptation du critère du déséquilibre significatif.

235. Le paradoxe de la largeur du déséquilibre significatif. La disposition sanctionnant le déséquilibre significatif dans les pratiques restrictives de concurrence est une disposition large. Cette largeur apparaît de prime abord comme plaider en faveur d'une systématisation du critère pour qualifier l'ensemble des clauses ou des comportements contractuels qui mettent en œuvre ou tendent à mettre en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. Pourtant, le déséquilibre significatif ne permet d'appréhender les clauses qui mettent en place une pratique restrictive de concurrence que dans l'une de ses dimensions. En effet, le déséquilibre significatif s'applique également au stade des négociations, lorsque le déséquilibre apparaît mais qu'il ne prend pas, à tout le moins pas encore, la forme d'une clause. Puis, il peut s'appliquer pour qualifier une pratique mise en œuvre en cours d'exécution du contrat. Enfin, il s'applique lors de l'exécution du contrat, à un moment où ce sont des clauses qui mettent en place des pratiques restrictives de concurrence. Large, le déséquilibre significatif va au-delà de la qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence, puisqu'il appréhende également des pratiques *stricto sensu*, même s'il n'en demeure pas moins que ces pratiques sont toujours liées à un contexte contractuel²⁶⁶. Le fait de saisir des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'un contrat, qu'elles prennent ou non la forme de clauses, est permis par la largeur du déséquilibre significatif, mais cette largeur est bridée par une application de la disposition d'une généralité toute relative.

236. Le paradoxe de la généralité du déséquilibre significatif. La généralité du déséquilibre significatif ne lui fait pas quitter sa place de pratique restrictive de concurrence parmi d'autres. Malgré le souhait d'une partie de la doctrine²⁶⁷, cette pratique ne peut

²⁶⁵ Cf. *Supra*, n°207 et s.

²⁶⁶ Sur ce point, v. : E. Diény : *op. cit.*, n°17.

²⁶⁷ Une partie de la doctrine se montre en effet favorable à ce que le déséquilibre significatif s'analyse comme une disposition générale de l'art. L. 442-6 C. com., certaines des autres pratiques actuellement visées par le texte en

constituer qu'une partie des pratiques restrictives de concurrence, et non être considérée comme une pratique qui permette, de manière générale, l'appréhension de clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. Les autres pratiques restrictives de concurrence visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce ne constituent pourtant pas des exemples de déséquilibres significatifs, mais plutôt des exemples de comportements que le législateur souhaite sanctionner, sans référence à un déséquilibre particulier²⁶⁸, et parfois en dehors de tout contexte contractuel²⁶⁹. Il s'agit de la nécessité de ne pas confondre entre la partie et le tout. Considérant que le tout est composé des clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence, la partie comprend celles de ces clauses qui sont appréhendées par le déséquilibre significatif. Un certain nombre de clauses restent non-appréhendées par le déséquilibre significatif, mais n'en sont pas moins des clauses mettant en œuvre une pratique restrictive de concurrence. Il en va ainsi de certaines pratiques visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce qui peuvent s'analyser comme des clauses ou des parties de contrats²⁷⁰, mais aussi d'autres pratiques restrictives de concurrence, visées par d'autres dispositions²⁷¹, certaines même par des dispositions qui ne font pas textuellement partie des pratiques restrictives de concurrence²⁷². La généralité du déséquilibre significatif n'empêche donc pas le législateur de prévoir une sanction de clauses par d'autres dispositions.

devenant des exemples. Sur ce point, v. : M. Malaria-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°249 ; M. Chagny : *Rapport préliminaire*, in *Colloque : Pratiques contractuelles et droit de la concurrence*, Paris, 2010, AFEC, dir. M. Chagny, Concurrences, n°1-2011, p. 3-8, n°10 ; « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ? », in *colloque : Droit européen des pratiques commerciales déloyales*, Lille, 2010, dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 145-156, n°28 et s.

²⁶⁸ V. par ex. : la sanction de la rupture brutale de la relation commerciale établie (art. L. 442-6, I, 5° C. com.) ; la non-communication des conditions générales de vente (art. L. 442-6, I, 9° C. com.) ; le refus de mention sur l'étiquetage du nom du fabricant (art. L. 442-6, I, 10° C. com.).

²⁶⁹ V. par ex. les pratiques d'annonce de prix en dehors des lieux de vente pour les fruits et légumes frais (art. L. 442-6, I, 11° C. com.) ; de participation à la revente hors-réseau (art. L. 442-6, I, 6° C. com.).

²⁷⁰ V. par ex. : L'obtention d'un avantage sans contrepartie de service rendu ou disproportionné au service rendu (art. L. 442-6, I, 1° C. com.) ; L'obtention d'un avantage préalable à la passation de commandes (art. L. 442-6, I, 3° C. com.) ; L'obtention de conditions manifestement abusives sur les prix et les délais de paiement sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales (art. L. 442-6, I, 4° C. com.) ; les clauses et contrats dont la nullité peut être constaté sur le fondement de l'article L. 446, II C. com.

²⁷¹ Le Titre IV du Code de commerce, intitulé « de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et des autres pratiques prohibées » contient en effet d'autres dispositions qui sanctionnent des clauses, ou dont la sanction peut s'étendre à des clauses, en raison de leur participation à une pratique restrictive de concurrence, v. par ex. : l'imposition d'un prix minimal de revente (art. L. 442-5 C. com.) ; la pratique de prix abusivement bas en situation de crise conjoncturelle pour certains produits (art. L. 442-9 C. com.).

²⁷² Directive 2011/7/UE du 16 fév. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, art. 7, qui prohibe les clauses contractuelles et les pratiques qui induisent un « abus manifeste » à l'égard du créancier, et qui prévoit par exemple que sont « manifestement abusives » les clauses qui « excluent le versement d'intérêts de pour retard de paiement » (§2), et les clauses qui excluent « l'indemnisation pour les frais de recouvrement » (§3) ; sur l'absence de transposition de ce texte dans la loi française, v. D. Voinot : « Délais de paiement : nouvelles règles européennes, nouvelles contraintes nationales ? L'évolution du droit français », in *Colloque : Un recouvrement de créances sans frontières*, Lille, 2012, dir. J. Attard, M. Dupuis, M. Laugier, V. Sagaert, D. Voinot, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2013, p. 185-194, spéc. p. 191-193.

L'ensemble de ces autres dispositions ne reprennent pas le critère du déséquilibre significatif pour le décliner à des clauses ou à des contrats précis, mais contiennent d'autres critères. Il en résulte que certaines clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence peuvent être sanctionnées sur un autre fondement que le déséquilibre significatif, par l'application d'un autre critère. Le critère du déséquilibre significatif échoue alors à qualifier l'ensemble des clauses qui mettent en place des pratiques restrictives de concurrence.

237. Conclusion de la section : Le déséquilibre significatif, critère insuffisant à qualifier l'ensemble des clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. Il faut reconnaître que le critère du déséquilibre significatif qualifie avec succès des clauses ou des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'un contrat, de pratique restrictive de concurrence. Sa largeur, confortée en jurisprudence, est cependant bridée par son absence de généralité. Le déséquilibre significatif peut s'avérer très utile dans l'entreprise de qualification de clauses en tant que pratique restrictive de concurrence, mais sa version actuelle le fait échouer. Cet échec, sans démeriter, est notamment dû à un manque de généralité. Le critère de qualification des clauses en pratique restrictive de concurrence serait ainsi à rechercher d'un point de vue plus général, au sein même du droit commun. L'assimilation d'une clause à une pratique restrictive de concurrence ne doit en effet pas sous-entendre une confusion entre les deux notions. Distinctes, elles relèvent de deux catégories différentes du droit civil, les clauses ressortissent de l'acte juridique, tandis que les pratiques relèvent des faits juridiques. De cette nature distincte, peut ressortir un critère de qualification des clauses en pratiques restrictives de concurrence.

238. Conclusion du chapitre. Le critère de la dépendance économique peut être vu comme en partie dépassé avec la consécration consumériste, puis, même si elle est différente, affairiste de la notion de déséquilibre significatif. Aujourd'hui, la dépendance économique ne se trouve plus guère que dans le droit des pratiques anticoncurrentielles²⁷³, et sa consécration en droit commun, souhaitée par certains auteurs²⁷⁴, a pris la forme de la consécration de l'abus de dépendance, en tant que vice du consentement²⁷⁵. Il apparaît, au terme de cette étude sur le critère de la dépendance économique, que celle-ci est largement dépassée par la notion de déséquilibre significatif qui lui a succédé en droit de la consommation, mais aussi en droit des

²⁷³ Art. L. 420-2 al. 2 C. com.

²⁷⁴ Cf. *Supra*, n°197 et s.

²⁷⁵ Cf. art. 1143 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 ; Cette consécration est ainsi moins large que celle qui a pu être souhaitée par la doctrine.

pratiques restrictives de concurrence, et désormais, en droit des contrats²⁷⁶. Le débat n'est plus guère de savoir si la dépendance économique peut avoir un avenir en tant que notion à part entière du droit commun et devenir un critère de qualification des clauses en pratiques restrictives de concurrence, mais davantage sur la question de l'extension du champ de la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats, alors même que la notion vient de faire son entrée en droit commun²⁷⁷, après avoir été reprise dans de nombreux projets, tant au niveau interne²⁷⁸, qu'eupéen²⁷⁹. Cette consécration en droit commun, de par sa limite aux seuls contrats d'adhésion, ne paraît cependant pas permettre au déséquilibre significatif d'accéder au rang de critère de qualification général des clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. Consacré en droit commun, le déséquilibre significatif est désormais totalement émancipé de sa génitrice qu'est la dépendance économique, de sorte que cette question de la dépendance, sous-entendue ou non, ne se pose pas. Une telle consécration

²⁷⁶ Cf. art. 1171 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ V. art. 1122-2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 22 sept. 2005 : « Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur, ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée » ; art. 77 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie du 23 oct. 2013 : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée » ; art. 1168 et 1169 de l'avant-projet d'ordonnance du 25 fév. 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui prévoit que « une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée » ; Sur ce projet, V. not. : G. Chantepie : « Les clauses abusives et leur sanction », AJCA, 2015, p. 121 ; M. Chagny : « La généralisation des clauses abusives (articles 1168 et 1169 du Code civil) », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, colloque, Paris, 2015, dir. P. Stoffel-Munck, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 47-59.

²⁷⁹ Trois groupes de travail ont proposé des projets dans le domaine du droit des obligations, en vue d'une harmonisation de cette matière au niveau européen, qui contiennent la notion de déséquilibre significatif, ou des notions voisines. La Commission Lando a ainsi démarré ses travaux dans les années 1970, pour aboutir à la publication des *principes de droit européen des contrats*. La Commission Von Bar a travaillé à la fin des années 1990 pour aboutir à la publication par la Commission du *Cadre commun de référence*. Enfin, la Commission Gandolfi a démarré ses travaux dans les années 2000 et a publié le *Code européen des contrats*. L'art. 4 : 208 des principes de droit européen des contrats prévoit que « la nullité ou la révision d'une clause qui crée un déséquilibre contractuel excessif peut être poursuivie à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Le texte vise cependant des cas précis, la relation de consommation, mais aussi la dépendance ou la faiblesse du contractant au détriment duquel la clause est stipulée. Les art. 9 : 401 et s. du cadre commun de référence prévoient non pas le critère du déséquilibre significatif entre professionnels, mais le critère du « désavantage significatif, contrairement aux exigences de la bonne foi » au détriment d'un contractant. L'art. 30 du Code européen des contrats prévoit que sont « sans effet les clauses qui créent au détriment du consommateur un déséquilibre significatif », et constitue le seul projet qui ne consacre pas le critère d'une manière plus large, en dépassant le domaine du droit de la consommation. Au-delà de ces projets, il faut également souligner que la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 oct. 2011 relatif au droit commun européen de la vente (COM (2011) 635 final) contient un Chapitre 8 intitulé « Clauses contractuelles abusives », qui reprend le critère du déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels et consommateurs (art. 83), mais adopte un double critère dans les relations entre professionnels, de l'absence de négociation individuelle, et d'une application de la clause « s'écartant manifestement des bonnes pratiques commerciales, contrairement au principe de bonne foi et de loyauté » (art. 86).

montre cependant que le critère de qualification d'une clause en pratique restrictive de concurrence réside peut-être dans le droit commun. En effet, l'assimilation de clauses à des pratiques en droit des pratiques restrictives de concurrence ne doit pas faire oublier leur nature juridique distincte, d'acte juridique pour les clauses et de fait juridique pour les pratiques. Dans cette nature juridique, il est possible que se niche le critère de qualification des clauses en pratiques restrictives de concurrence.

CHAPITRE 2 : LE CRITERE DU FAIT JURIDIQUE DANS L'ACTE JURIDIQUE.

239. La nature juridique des clauses et des pratiques. Les clauses ressortissent de l'acte juridique, elles en constituent des parties, alors que les pratiques relèvent de la catégorie du fait juridique, elles sont des comportements qui peuvent être mis en œuvre à l'occasion d'un contrat ou non, et même, qui peuvent être ou non incarnés par une ou plusieurs clauses d'un contrat. Pour qualifier de pratique restrictive de concurrence une clause d'un contrat, il est nécessaire de confronter les natures juridiques de chacune des notions. La qualification de fait juridique sera appliquée à un acte juridique, ce qui semble donner une place au fait juridique au sein même de l'acte juridique (section 1). Aussi, cela induit la question du moment du basculement de l'acte juridique vers le fait juridique (section 2).

SECTION 1 : LE FAIT JURIDIQUE DANS L'ACTE JURIDIQUE.

240. Annonce. La nature des clauses et des pratiques implique de se poser la question de l'existence même de pratiques au sein des clauses, avant même d'appliquer la réponse à la recherche de pratiques restrictives de concurrence dans les contrats conclus entre professionnels. Ramenée à leur nature, la question revient à se demander s'il existe une place pour le fait juridique au sein de l'acte juridique (§1). Une fois la réponse apportée, il sera nécessaire de qualifier le fait juridique qui pourra être, lorsqu'il se trouve dans un acte juridique, le critère de qualification en pratique restrictive de concurrence d'un comportement observé à l'occasion d'un contrat ou d'une clause contractuelle (§2).

§1 : La place du fait juridique dans l'acte juridique.

241. *Summa divisio* du droit des obligations¹. Le fait juridique et l'acte juridique sont deux catégories formant la *summa divisio* des sources des obligations². Cette dichotomie sert souvent d'aiguillon dans l'étude de la matière aux auteurs qui, ainsi, séparent leur propos en deux parties³. Le Code civil lui-même sépare les deux sources d'obligations, contractuelle ou

¹ Sur le terme, v. C. Caillé : « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à J.-L. Aubert, Paris : Dalloz, 2005, p. 55-66, n°2.

² Cf. *Supra*, n°41.

³ *Ibidem* ; V. par ex. : G. Marty, P. Raynaud : *Droit civil. Les obligations*, 2^{ème} éd., t. I : *Les sources*, Paris : Sirey, 1988, n°20-21 ; J. Carbonnier : *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis Droit privé, 2000, n°11 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n°8 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *Droit civil les obligations*, 11^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2013, n°5 et 16 ; P. Delebecque, F.- J. Pansier : *Droit des obligations, contrat et quasi-contrat*, 6^{ème} éd., Paris : LexisNexis, coll. Objectif droit, cours, 2013, n°18 ; *Droit des obligations : responsabilité civile, délit et quasi-délit*, 6^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, coll. Objectif droit, cours, 2014 ; C. Larroumet, S. Bros :

délictuelle⁴, et leur attribue deux régimes de responsabilité différents⁵. Cette *summa divisio* permet de distinguer entre la nature des clauses et celle des pratiques⁶. La distinction ainsi opérée devrait réduire à néant la place du fait juridique dans l'acte juridique (A), mais il semble que cette place tende, malgré la distinction, à s'étendre (B).

A. La place résiduelle du fait juridique dans l'acte juridique.

242. Nette distinction. Alors que le Code civil distingue désormais entre les obligations qui naissent d'un acte juridique et celles qui sont issues d'un fait juridique⁷, le fait que les notions d'acte juridique et de fait juridique servent à cette division des sources des obligations en deux parties apparaît comme devant clore rapidement le débat de la place du fait juridique dans l'acte juridique, celle-ci devant *a priori* être résiduelle.

243. Réalité du clivage entre acte juridique et fait juridique. Depuis la mise en évidence, en doctrine, de la division des sources des obligations entre acte juridique et fait juridique, et plus encore alors qu'elle apparaît clairement dans les premières dispositions du Code civil relatives aux obligations⁸, le clivage demeure entier. Les actes juridiques peuvent d'abord apparaître comme une partie émancipée de la catégorie des faits juridiques⁹, mais ils

Traité de droit civil, Tome 3 : *Les obligations, le contrat*, 7^{ème} éd., Paris : Economica, Coll. Corpus droit privé, 2014 ; C. Larroumet, M. Bacache-Gibeli : *Traité de droit civil*, Tome 5 : *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., Paris : Economica, coll. Corpus droit privé, 2015 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, Tome 1 : *Contrat et engagement unilatéral* (2012) et Tome 2 : *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis Droit, 2013, p.9 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux : *Droit civil, les obligations, 1 – l'acte juridique*, 16^{ème} éd., 2014 et 2 – *Le fait juridique*, 14^{ème} éd., 2011, Paris : Sirey Coll. Université, n°60 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *Droit civil. Les obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2014, n°50, 52 et 609 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *Droit des obligations*, 13^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, Coll. Manuels, 2014, n°25-26 et n°51 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 5^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso Editions, Coll. Manuels, 2015, n°17 ; M. Poumarède : *Droit des obligations, cours et Travaux dirigés*, 3^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Cours Montchrestien, 2014, n°104 et s., et n°728 ; V. aussi : S. Obellianne : *Les sources des obligations*, th., préf. D. Fenouillet, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2009, n°292 et s., 404 et s.

⁴ Les « contrats et les obligations conventionnelles en général » font l'objet du Titre troisième du Livre III du Code civil, alors que « les engagements qui se forment sans convention » font l'objet du Titre quatrième du même Livre, où l'art. 1370 dispose que « ces engagements peuvent résulter de l'autorité de la loi ou naître du fait personnel à celui qui se trouve obligé ».

⁵ Les obligations relevant de la catégorie des contrats, actes juridiques, sont soumis à la responsabilité contractuelle, prévue par l'art. 1217 et C. civ, alors que les obligations relevant de la catégorie des faits juridiques sont soumis à la responsabilité délictuelle, prévue par les art. 1240 et s. C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016, respectivement, anc. art. 1146 et s., et 1382 et s. C. civ.).

⁶ Cf. *Supra*, n°44 et s.

⁷ Art. 1100 et s. C. civ., tels qu'issus de l'ord. n°2016-131.

⁸ *Ibidem*.

⁹ H. Capitant : *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 5^{ème} éd., Paris : A. Pedone éditeurs, Librairie de la Cour d'appel et de l'Ordre des avocats, 1929, n°228-229 ; R. Demogue : *Traité des obligations en général*, Tome 1 : *Sources des obligations*, Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1923, n°11 ; F. Terré : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th., 1^{ère} éd., Paris : LGDJ, 1957, rééd. : Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Anthologie du droit, 2014, n°108.

constituent surtout la définition d'une source des obligations, les autres étant issues des faits juridiques ou de la loi¹⁰. L'acte juridique se trouve assez unanimement défini comme une « manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit »¹¹. Le fait juridique désigne « l'évènement involontaire ou non qui produit des effets de droit indépendamment de la volonté de son auteur »¹², de sorte que « le fait lui-même peut être volontaire, mais que les conséquences juridiques ne le sont pas »¹³. La définition du fait juridique est aujourd'hui largement admise, mais Demogue avait pu considérer que le fait juridique est « tout fait naturel ou humain qui a eu un rapport avec l'homme vivant en société »¹⁴. Cette définition, qui ignore la conséquence juridique, étend la catégorie aux faits, à ceux qui ne « produisent pas, à eux seuls, des conséquences juridiques »¹⁵. Il semble que l'approche plus moderne de la notion de fait juridique conduise à minimiser cette distinction pour ne prendre en considération que les faits qui ont des conséquences juridiques, peu important qu'ils résultent ou non d'une pluralité de faits matériels. Cette définition est celle qui a été retenue par le législateur, qui l'a introduite dans le Code civil en 2016¹⁶. Il est possible de constater, avec certains auteurs¹⁷, que le Code civil n'employait, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016¹⁸, que très rarement l'expression « acte juridique »¹⁹, qui en était totalement absente à l'origine²⁰. La réforme du

¹⁰ Cf. *Supra*, n°241 ; Cf. art. 1100 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131.

¹¹ Art. 1100-1 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 ; V., avant l'existence de cette disposition : G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2016, V° « Acte (juridique) » ; H. Capitant : *op. cit., loc. cit.* ; G. Marty, P. Raynaud : *op. cit., loc. cit.* ; J. Carbonnier : *op. cit., loc. cit.* ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit.* n°5 ; C. Larroumet, S. Bros : *op. cit.*, n°43 et 49 ; C. Larroumet, A. Aynès : *Traité de droit civil, Tome 1 : Introduction à l'étude du droit*, 6^{ème} éd., Paris : Economica, coll. Corpus droit privé, 2013, n°531 ; R. Cabrillac : *Droit des obligations*, 11^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Cours, 2014, n°10 ; B. Fages : *op. cit.*, n°17 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *op. cit.*, n°50 ; J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux : *op. cit.*, tome 1, n°55 et 60 ; M. Fabre-Magnan : *op. cit.*, t. 1, p. 9 ; L. Grynbaum : *Droit civil, les obligations*, 2^{ème} éd., Paris : Hachette Supérieur, coll. HU Droit, 2007, n°13 ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *Droit des obligations*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2008, n°27 ; C. Renault-Brahinsky : *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., Paris : Gualino, coll. Fac universités Manuel, 2007, n°36-37 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *op. cit.*, n°26.

¹² G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « Fait (juridique) » ; H. Capitant : *op. cit. loc. cit.* ; J. Carbonnier : *op. cit., loc. cit.* ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit., loc. cit.* ; C. Larroumet, A. Aynès : *op. cit.*, n°538 ; B. Fages : *op. cit., loc. cit.* ; J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux : *op. cit.*, tome 1, n°60 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *op. cit.*, n°52 ; M. Fabre-Magnan : *op. cit., loc. cit.* ; L. Grynbaum : *op. cit., loc. cit.* ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *op. cit., loc. cit.* ; C. Renault-Brahinsky : *op. cit.*, n°35 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *op. cit.*, n°26.

¹³ L. Grynbaum : *op. cit., loc. cit.* ; C. Larroumet, A. Aynès : *op. cit.*, n°538.

¹⁴ R. Demogue : *op. cit.*, n°11.

¹⁵ *Ibidem* ; V. *contra* : M. Fabre-Magnan : *op. cit.*, t. 1, p. 10 où l'auteur estime que « le fait est juridique s'il produit un effet de droit ».

¹⁶ Art. 1100-2 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 : « Les faits juridiques sont des agissements ou des évènements auxquels la loi attache des effets de droit ».

¹⁷ V. not. D. Mainguy, J.- L. Respaud : *op. cit., loc. cit.* ; J. Carbonnier : *op. cit., loc. cit.*

¹⁸ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016, précitée.

¹⁹ Le terme n'était employé, dans le Titre III (Du contrat ou des obligations conventionnelles en général) du Livre III (Des différentes manières dont on acquiert la propriété) que dans l'anc. art. 1108-1 C. civ., texte qui prévoyait la possibilité de constater un acte juridique par un écrit électronique, et inséré en 2004, et se trouvait employé dans

droit des obligations, si elle a défini le terme, n'a pas apporté d'évolutions majeures, de sorte que le terme demeure peu employé aujourd'hui²¹. Quant au terme de « fait juridique », celui-ci n'était jamais employé par le Code civil avant la réforme de 2016, le Code lui préférant le terme « fait », dépourvu de qualificatif²². Il ne l'est pas davantage aujourd'hui, si l'on excepte la définition de l'expression, le Code préférant toujours employer le terme « fait », sans y accoler le qualificatif qui fait partie de l'expression qu'il définit²³. La doctrine a classé l'étude des obligations selon les sources, en dégageant les notions d'acte et de fait juridique, alors que celles-ci n'étaient pas incluses dans la loi. Cette classification en découlait cependant, puisque la loi prévoit d'une part, les contrats et les obligations conventionnelles, soit les actes juridiques, et d'autre part les quasi-contrats, les quasi-délits, les délits et les obligations légales, c'est-à-dire les obligations qui découlent d'un fait juridique. La réforme du droit des obligations a consacré cette œuvre doctrinale²⁴, en prévoyant cette *summa divisio* entre les actes et les faits juridiques au sein de la première disposition du Titre III du Livre III du Code civil²⁵.

244. Portée du clivage : l'absence d'interpénétration du fait juridique dans l'acte juridique. La question qui peut se poser, une fois la distinction établie, est de savoir s'il demeure une place pour le fait juridique dans un contexte d'acte juridique, ou encore une place pour un acte juridique, dans un contexte de fait juridique. La caractérisation d'un acte juridique implique nécessairement, pour l'ensemble des effets de cet acte, application des règles relatives aux contrats²⁶. Inversement, l'absence d'acte juridique fait ressortir à la catégorie des faits juridiques l'ensemble des effets juridiques du fait. La réponse apparaît alors frappée du sceau de l'évidence, la place de l'un dans l'autre est nécessairement résiduelle, il ne paraît pas

les règles relatives à la preuve des actes juridiques, dans le Chapitre VI du même Titre, notamment dans les anc. art. 1316-4, 1326 et 1348 C. civ.

²⁰ Il est intéressant de constater que l'expression « acte juridique » a été ajoutée récemment dans le Code civil : les art. 1326 et 1348 ont été modifiés par une loi de 1980, et les art. 1108-1 et 1316-4 ont été créés respectivement par des lois de 2000 et 2004.

²¹ Outre les dispositions des art. 1100 et s. C. civ., le terme n'apparaît que dans l'art. 1301, relatif à la gestion d'affaires, et dans les dispositions relatives à la preuve des obligations, dans les arts. 1359, 1364 et 1367.

²² J. Carbonnier : *op. cit., loc. cit.*, l'auteur citant les anc. art. 1370, 1371 et 1382.

²³ Le Code reprend ainsi les dispositions qui employaient ce terme avant 2016 : Cf. art. 1240 et s. (anc. art. 1382 et s.), 1300 (anc. art. 1371), et emploie désormais davantage le terme, v. par ex. : art. 1200 et 1204.

²⁴ Celle-ci faisait d'ailleurs partie intégrante des projets de réforme : V. : P. Catala (dir.) : Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription du 22 sept. 2005, Paris : La Documentation française, 2006, art. 1101 à 1101-2 ; Avant-projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie, 2008, art. 1 à 3, dont il convient de noter que cette nouvelle définition des sources des obligations a disparu de l'avant-projet de réforme de droit des obligations de la Chancellerie du 23 oct. 2013 ; de même que du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, publié par la Chancellerie le 25 fév. 2015.

²⁵ Art. 1100 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 : « Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi ».

²⁶ Cf. art. 1100-1 al. 2. C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131.

possible de trouver d'interpénétration du fait juridique dans l'acte juridique. Cette problématique est aujourd'hui peu étudiée en doctrine, mais se pose avec une certaine acuité à l'heure de la sanction, sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, de clauses contractuelles, soit en d'autres termes, de la sanction sur le fondement des faits juridiques d'une partie, voire de la totalité, d'un acte juridique. Il convient de savoir alors dans quelles mesures la relation contractuelle que peuvent entretenir deux professionnels, *a priori* considérée comme un acte juridique, peut apparaître comme un entremêlement d'actes et de faits juridiques, entre lesquels il conviendra de faire la différence pour établir l'essor du fait juridique au sein même de l'acte juridique.

B. L'essor du fait juridique au sein de l'acte juridique.

245. Fait dans l'acte. L'apparente absence d'interpénétration du fait juridique dans l'acte juridique qui ressort de la nette distinction entre les deux sources des obligations n'empêche pas que le fait juridique trouve sa place au sein de l'acte juridique. Il faut d'abord garder à l'esprit que l'acte juridique a pour source un ou plusieurs faits juridiques²⁷, la manifestation de volonté des parties pour créer un effet de droit. La recherche de l'effet de droit *via* la volonté des auteurs de ce fait juridique lui fait atteindre la catégorie des actes juridiques, émancipée de celle des faits juridiques, où les auteurs ne recherchent pas les effets produits²⁸. La définition de l'acte juridique invite à en limiter strictement le champ, l'acte juridique ne s'étend qu'à l'acte qui contient la manifestation de volonté et à la production de l'effet de droit recherché, et à ses suites²⁹. Dès lors que des effets de droit sont produits indépendamment de la volonté des auteurs, l'obligation doit être considérée comme ayant pour source, non pas l'acte, mais un fait juridique. Il est possible d'imaginer l'existence entre un créancier et un débiteur d'un acte juridique, un contrat par exemple, mais aussi l'apparition entre les mêmes personnes, d'un ou plusieurs autres liens d'obligations, ayant pour source des faits juridiques, à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution du contrat, comme par exemple l'engagement de la responsabilité d'un futur-contractant s'il commet une faute en cours de pourparlers. Poursuivant ce raisonnement, les pratiques mises en œuvre par un contractant au détriment de son cocontractant, alors que le contrat est en cours de négociation, de conclusion

²⁷ H. Capitant, *op. cit., loc. cit.* ; R. Demogue : *op. cit., loc. cit.* ; V. dans le même sens : T. Janville : *La qualification juridique des faits*, th. préf. S. Guinchard, 2 t., Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2004, n°643 où l'auteur montre que « la notion d'acte juridique pourrait être considérée comme incluse dans celle de fait juridique ».

²⁸ R. Demogue : *op. cit.*, n°12, où l'auteur distingue, au sein de ce qu'il nomme les « faits juridiques volontaires », les délits d'une part, et les actes juridiques d'autre part selon le critère de la recherche ou non des effets de droit.

²⁹ Art. 1194 C. civ. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1135 C. civ.

ou d'exécution, peuvent être analysées comme des faits juridiques, sources éventuelles d'une obligation de réparation sur le fondement de la responsabilité civile. L'essor de la sanction des pratiques *per se* par le droit des pratiques restrictives de concurrence conduit ainsi ce droit spécial à isoler un certain nombre de faits juridiques qui s'insèrent dans le cadre d'un acte juridique, pour les sanctionner. Comme l'affirmait Demogue, sans nier l'utilité de la distinction des sources des obligations, il ne faut pas « admettre entre elles une cloison étanche. Il y a au contraire, pénétration »³⁰. L'auteur nomme ce phénomène la « compénétration »³¹, et la caractérise dans deux situations, celle où un rapport juridique entre deux personnes « se double de liens juridiques divers »³², ou celle où un « même fait crée des rapports juridiques d'une première nature avec un tiers, et d'une autre nature avec un autre tiers »³³. Il semble que son analyse doive amener à considérer que l'existence d'un contrat entre deux parties n'empêche pas la création, entre ces mêmes parties, d'autres obligations *via* des faits juridiques qui peuvent intervenir lors de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution du contrat, c'est-à-dire concomitamment à l'acte juridique, en concluant ou en exécutant cet acte. L'analyse d'une relation *a priori* contractuelle comme un entremêlement d'actes et de faits juridiques implique qu'il faille distinguer entre les deux sources d'obligations (1), avant de constater que ces faits sont parfois saisis par la loi, afin de suivre un régime différent de celui des actes juridiques (2).

1. La relation entre deux parties comme un entremêlement d'actes et de faits juridiques.

246. Annonce. La relation que consacre, entre les parties, le contrat, peut être analysée globalement comme mettant en présence à la fois l'acte juridique que constitue le contrat, mais aussi des faits juridiques (a), le tout formant un entremêlement composé d'un ou plusieurs actes juridiques et d'un ou plusieurs faits juridiques (b).

a. *La présence de faits dans une relation basée sur un acte juridique.*

247. La présence de faits dans une relation basée sur un acte juridique. Même s'il ne constitue pas l'unique exemple d'acte juridique, le contrat s'impose comme le modèle du genre le plus répandu. Il s'est agi, pendant longtemps, d'une « espèce de convention »³⁴, soit

³⁰ R. Demogue : *op. cit.* n°17 bis ; C. Caillé : *op. cit.*, n°3 où l'auteur nomme le phénomène la « concurrence ».

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ *Ibidem.*

³⁴ Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1101 C. civ. : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » ; G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « contrat », sens 1 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit.* n°49.

un « accord de volontés destiné à produire un effet de droit »³⁵, et plus précisément, il s'agit d'une « manifestation de la volonté individuelle »³⁶ « ayant pour effet de créer une obligation »³⁷. Alors que la réforme du droit des obligations a eu pour conséquence de faire disparaître le terme de « convention » des dispositions relatives aux obligations, elle n'a pas remis en cause le fait que le contrat soit le modèle le plus répandu d'actes juridiques³⁸. Cet acte juridique, résultat d'un accord de volontés, et créant une obligation, consacre une relation qui peut être instantanée, c'est-à-dire que le contrat est exécuté concomitamment à sa formation, ou immédiatement après, mais qui peut aussi être à exécution successive, lorsque le contrat a vocation à s'exécuter pendant un certain temps³⁹. L'acte juridique ne peut que consacrer une relation puisque celle-ci préexiste nécessairement, de par la période des négociations, des pourparlers, où les parties entretiennent déjà des relations à l'occasion d'un acte, avec la différence que l'acte est futur. Cette relation peut être relativement longue, ou peut être relativement courte. La relation contractuelle, à naître, naissante, ou déjà née, est l'occasion d'un véritable basculement⁴⁰. En effet, un certain nombre de faits juridiques vont être élevés au rang d'acte juridique, en ce qu'ils constituent des manifestations de la volonté individuelle en vue de créer des effets de droit. Pour autant, le basculement n'est pas total. Ainsi, l'ensemble des faits juridiques qui ont pu se produire avant et pendant le basculement n'en ressort pas avec la qualification d'acte juridique. Les faits juridiques qui se produisent après le basculement ne revêtent, quant à eux, que très rarement la qualification d'acte juridique.

248. Faits juridiques et conclusion du contrat. La qualification d'acte juridique ne s'étend qu'à des faits juridiques qui constituent une manifestation de volonté destinée à

³⁵ G. Cornu : *op. cit.*, V° « convention ».

³⁶ *Idem*, V° « contrat », sens 2.

³⁷ *Idem*, V° « contrat », sens 1.

³⁸ Cf., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131, art. 1100-1, al. 2 C. civ. où, à la suite de la définition des actes juridiques, il est précisé que ceux-ci « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets aux règles qui gouvernent les contrats » ; il est possible d'en déduire qu'il peut exister d'autres actes juridiques, mais que ceux-ci obéiront aux règles relatives aux contrats ; Les contrats sont par ailleurs définis par l'art. 1101 comme « un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

³⁹ Art. 1111-1 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 : « Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique. Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps » ; V. aussi, sur cette distinction, v. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit.* n°70 ;

⁴⁰ D'autres termes ont pu être utilisés en doctrine pour décrire le même phénomène : R. Demogue : *op. cit. loc. cit.* utilisait le terme précité de « compénétration » ; M.- L. Izorche : *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. préf. J. Mestre, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 1995, n°119, utilise le terme « trajectoire » ; C. Caillé : *op. cit.* n°15 qui utilise le terme « évolution » ; J. Hauser : *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, th., Paris : LGDJ, 1971, n°50 qui mentionne le terme « continuité » pour évoquer les difficultés des « problèmes délicats de frontière » entre l'acte et le fait juridique. Néanmoins, ces termes ne permettent pas de mettre en évidence qu'un certain nombre de faits juridiques échappent à la qualification d'acte juridique, et demeurent des faits malgré l'avènement d'un acte juridique.

produire des effets de droit. Il ne semble pas acquis que l'ensemble des faits juridiques qui peuvent survenir lors de la négociation d'un contrat ou lors de sa conclusion doivent être qualifiés d'actes juridiques. Un certain nombre de faits ne constituent pas une manifestation de volontés, tandis que d'autres faits juridiques ne sont pas mis en œuvre pour produire des effets de droit, ou plus exactement sont en capacité de produire des effets de droit sans que leur auteur ne l'ait voulu. Ainsi, lors de la création du contrat, un certain nombre de faits juridiques recevront la qualification d'acte juridique, car ils en remplissent les conditions, alors que d'autres demeureront à l'état de fait. Cet état n'empêche pas le législateur de tirer un certain nombre de conséquences de ces faits, même une fois le contrat conclu. Il saisira ainsi la mise en œuvre de violences pour conclure le contrat⁴¹, ou encore le dol⁴², qui constituent des faits juridiques mis en œuvre à l'occasion de la conclusion d'un acte juridique. Ces faits ne peuvent recevoir la qualification d'acte juridique, puisqu'ils n'expriment pas une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, mais constituent simplement des faits destinés à permettre la conclusion d'un contrat, et dont la loi tire des conséquences juridiques sans que celles-ci ne soient inscrites dans la volonté de leur auteur. Au moment de la conclusion du contrat, ou même au moment de sa négociation, l'ensemble des faits juridiques ne basculent pas dans la catégorie des actes juridiques, mais demeurent des faits. Il en va de même lors de l'exécution du contrat.

249. Faits juridiques et exécution du contrat. A l'occasion de l'exécution d'un contrat à exécution successive, un certain nombre de faits juridiques peuvent intervenir, sans que ceux-ci ne soient le résultat de la volonté de leur auteur. La relation basée sur un acte juridique n'empêche alors nullement la survenance d'un certain nombre de faits, qui peuvent être ou non dus à l'action ou à l'inaction d'une des parties. Il ne s'agit pas de la simple exécution ou inexécution des obligations contractuelles, mais nécessairement de faits différents. Ces faits juridiques peuvent alors produire des effets de droit, parallèlement aux effets qui sont produits par l'acte juridique. Au plan des faits juridiques indépendants des parties, se trouve par exemple l'évolution du cours de certaines matières premières, qui peut avoir un effet sur un contrat, sans dépendre de l'une ou de l'autre partie. De même, à l'occasion

⁴¹ La violence est sanctionnée comme vice du consentement, par l'art. 1130, et 1140 et s. C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 : anc. art. 1109 et 1111 à 1115 C. civ.).

⁴² Le dol est sanctionné comme vice du consentement par l'art. 1130 et 1137 et s. C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1109 et 1116 C. civ.).

d'un contrat de location d'immeuble, la ruine de celui-ci⁴³ constitue un fait juridique qui pourra avoir des effets sur le contrat. Un certain nombre de faits peuvent également être l'œuvre du comportement d'une des parties au contrat. Cette partie met alors en place un comportement, mais sa volonté ne s'étend pas aux effets juridiques de ce comportement. Celui-ci pourra néanmoins avoir des effets sur l'exécution du contrat, ou sur l'autre partie. Parmi ces faits juridiques observés par l'une des parties, le fait par exemple de payer un prix en retard par rapport au délai contractuel ou légal, ou plus généralement, le fait de mettre en place des comportements déloyaux en cours d'exécution⁴⁴.

Il apparaît cependant qu'il faille se garder de qualifier l'ensemble des événements qui peuvent survenir en cours d'exécution du contrat de simples faits juridiques. La mauvaise exécution ou l'inexécution du contrat ne peut ainsi recevoir cette qualification, puisqu'elle s'inscrit dans l'exécution d'un acte juridique. Ensuite, certains événements qui peuvent ressembler, de prime abord, à des faits juridiques n'en sont pas. Il en va ainsi de certaines prérogatives unilatérales conférées à une partie par le contrat et qui ne constituent pas des comportements dont les conséquences juridiques n'ont pas été voulues par leurs auteurs, mais au contraire des applications de stipulations contractuelles, aux conséquences voulues. Dans cette optique, il ne paraît pas possible de qualifier de fait juridique la fixation unilatérale d'un prix dans un contrat de distribution⁴⁵. Certes, la fixation du prix en elle-même constitue un fait, c'est-à-dire le comportement d'une des parties⁴⁶, mais ce fait se trouve inclus dans l'acte juridique, et fait corps avec lui tout au long de l'exécution du contrat en raison de l'inscription d'une telle modalité de fixation dans le contrat. Il convient alors d'aller au-delà de cette

⁴³ Par hypothèse, dans cet exemple, cet état de fait n'est pas dû à l'action ou à l'inaction d'une partie, mais à une circonstance extérieure, comme par exemple l'endommagement par un tiers, ou encore la ruine par suite de l'effondrement d'un immeuble voisin.

⁴⁴ Cf. Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. préf. G. Couturier, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 208, 1989.

⁴⁵ Cf. *Supra*, n°90 et s. ; art. 1164 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 ; Cass. Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, quatre arrêts, n°91-15.578, n°91-15.999, n°91-16.653, n°93-13.688, Bull. Ass. Plén., n°7, 8 et 9 ; D., 1996, p.13, note L. Aynès et concl. M. Jeol ; RTD Civ., 1996, p. 153, note J. Mestre ; JCP, E, 1996, 776, comm. L. Leveneur ; *Adde* : C. Jamin : « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP, G, 1996, I, 3959 ; *La détermination du prix : nouveaux enjeux, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, colloque Centre d'étude de la distribution intégrée pour le partenariat, Laboratoire de droit des affaires de l'Université Montpellier I, 1996, RTD Com., 1997, p. 1-84, spéc. M. Jéol : « Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995 », p.1 ; C. Jamin : « La détermination du prix : les apports au droit des contrats-cadre », p. 19 ; T. Revet : « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », p. 37 ; D. Ferrier : « La détermination du prix, les apports au droit commun des obligations », p. 49 ; Pour une synthèse, v. M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2004, n°954 ; P. Lemay : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, th., préf. S. Chassagnard-Pinet, Paris : Mare et Martin, Coll. Bibl. des thèses, droit privé et sciences criminelles, 2014, n°219 et s.

⁴⁶ Sur cette qualification de « comportement » de la fixation unilatérale du prix, v. Cass. 1^{ère} civ., 30 juin 2004, n°01-00.475, Bull. civ., I, n°190 ; G. Chantepie : *La lésion*, th., Préf. G. Viney, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 467, 2006, n°266 ; M. Chagny : *op. cit.*, n°979.

qualification de comportement, pour élever la fixation du prix, même unilatérale et réalisée en cours d'exécution du contrat⁴⁷. Cette nature d'acte juridique se manifeste d'ailleurs au stade du contrôle du juge, qui vérifie que la fixation unilatérale du prix n'a pas été réalisée abusivement. La sanction prévue le cas échéant est alors celle des actes juridiques, la responsabilité contractuelle. Le fait juridique qui revêt, en cours d'exécution du contrat, la qualification d'acte juridique est ainsi susceptible d'être examiné à la lumière des principes du droit des contrats. Il résulte donc de la présence de fait juridique dans l'acte juridique un entremêlement d'actes et de faits qu'il faut être en mesure de décrypter.

b. Un entremêlement d'actes et de faits juridiques.

250. Là où cesse l'acte, commence le fait. Le constat de la présence de faits juridiques dans une relation contractuelle ne rend pas nécessairement leur caractérisation aisée. Au moment de décrypter l'entremêlement d'actes et de faits juridiques que peut représenter une relation contractuelle, il convient d'avoir à l'esprit que l'acte juridique implique nécessairement la volonté des parties de voir se produire des effets juridiques. Le fait juridique produit également des effets juridiques, mais indépendamment de la volonté de son auteur⁴⁸. Le critère de distinction est donc la « volonté » de l'auteur de produire des effets juridiques. Si l'auteur a la volonté de produire ces effets, le fait revêt la qualification d'acte juridique, mais si sa volonté ne se limite qu'au fait, il s'agit d'un fait juridique⁴⁹. La distinction, bien établie en doctrine, paraît aisée à mettre en œuvre. Pourtant, un certain nombre de situations laisse interrogatif quant à leur classement dans la catégorie des actes ou des faits juridiques, en raison de leurs apparences, au moment auquel intervient la situation, mais aussi en raison du fait que les obligations strictement contenues dans les actes juridiques ne doivent pas nécessairement être vues comme formant un corpus limité d'obligations contractuelles.

251. L'indifférence de l'apparence d'acte juridique ou de fait juridique. En premier lieu, il convient de s'attarder sur l'indifférence de l'apparence d'acte ou de fait juridique. L'apparence d'acte juridique n'empêche pas la vérification du critère de la volonté au niveau de chaque obligation, voire de chaque clause. Si cette volonté peut être caractérisée, l'apparence d'acte juridique correspond à la réalité, mais s'il n'est pas possible de l'établir,

⁴⁷ Désormais (à l'issue de l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131), cette prérogative est encadrée dans une Sous-section 3 du C. civ. relative au « contenu du contrat », dont il ne serait pas pertinent de contester la nature d'acte juridique.

⁴⁸ Cf. *Supra*, n°42.

⁴⁹ C. Caillé : « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », précité, n°12.

l'apparence ne correspond pas à la réalité, est trompeuse, et la qualification de fait juridique s'impose. Il en va ainsi des effets d'un acte juridique fondé sur une volonté surprise par dol, qui relèvent non pas de l'acte juridique, mais du fait juridique⁵⁰. Les éventuelles restitutions consécutives à une annulation d'un acte juridique pour dol semblent d'ailleurs devoir être fondées sur la répétition de l'indu, c'est-à-dire sur un fait juridique⁵¹. La solution est identique dans le cas d'une annulation d'un acte juridique, où les obligations ne peuvent être considérées que comme ayant une apparence d'acte juridique, puisque celui-ci est anéanti par une nullité. Elles constituent des faits juridiques⁵². Sans aller jusqu'à l'anéantissement de l'acte, les comportements que les parties adoptent pendant la conclusion ou l'exécution d'un contrat peuvent aussi s'analyser comme des faits juridiques, ce qui s'étend jusqu'aux faits découlant de l'application d'une stipulation de l'acte⁵³. De même, l'apparence d'un simple fait juridique n'empêche pas la qualification d'acte juridique puisque le seul critère de distinction est la constatation de l'expression d'une volonté qui s'étend aux conséquences juridiques du fait. Il est impossible, à la seule analyse d'un fait juridique, de déterminer s'il relève de l'acte ou simplement du fait juridique. Cette détermination ne peut être réalisée qu'à l'analyse de la volonté. Il en résulte que l'apparence d'acte ou de fait juridique importe peu et que seule la

⁵⁰ Sur ce point, la jurisprudence est constante dans l'acceptation, indépendamment de l'exercice ou non d'une action en nullité fondée sur le dol, d'une action en responsabilité fondée sur l'article 1382 C. civ., c'est-à-dire fondée sur un fait juridique : Cass. civ., 1^{ère}, 4 fév. 1975, n°72-13.217, Bull. civ., I, n°43 : « Le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du Code civil n'exclut pas l'exercice, par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi » ; Cass. com., 18 oct. 1994, n°92-19.390, Bull. civ., IV, n°293 ; D. 1995, p. 180, note sous arr. C. Atias ; Cass. com., 15 janv. 2002, n°99-18.774, Bull. civ., IV, n°11, où la Cour rejette le fondement de l'acte juridique et accueille celui du fait juridique, la responsabilité fondée sur l'art. 1382 C. civ. ; Cass. civ., 1^{ère}, 25 juin 2008, n°07-18.108, Bull. civ., I, n°184.

⁵¹ Cette solution qui conduit le juge à se fonder sur un fait juridique (la répétition de l'indu) pour apprécier les restitutions dues en raison d'une annulation d'un acte juridique pour dol paraît aller de soi, mais ne fait pas l'unanimité en doctrine : V. sur ce point, en faveur de cette analyse : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n°512 ; et, estimant que ces restitutions réparent un préjudice, et doivent donc se fonder sur l'article 1240 C. civ. (Cf. avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1382) : J. Carbonnier : *Droit civil*, t. 4 : *Les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Thémis droit privé, 2000, n°42 ; L'ensemble de la doctrine restant cependant sur le fondement des faits juridiques, sur ce point, v. : Y. Lequette : « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in *Au-delà des Codes*, mélanges en l'honneur de M.- S. Payet, Paris : Dalloz, coll. Etudes, mélanges, travaux, 2012, p. 363-382, spéc. n°10 ; La jurisprudence se prononce d'ailleurs en faveur du fait juridique : v. : Cass. com., 4 janv. 2000, n°96-16.197, où la Cour rejette, en matière de dol, le pourvoi qui l'invitait à se fonder sur les articles 1146 et s. C. civ. (responsabilité contractuelle) et confirme le fondement retenu en appel des articles 1378 et 1382 C. civ. (responsabilité délictuelle) ; CCC, 2000, comm. 79 : « Dol : les sanctions pleuvent sur le vendeur déloyal », note sous arr. L. Leveueur.

⁵² V. par ex., pour une demande d'une partie au paiement de dommages et intérêts pour manquement à la bonne foi contractuelle, est cassé l'arrêt d'appel qui accueille cette demande sur le fondement de la responsabilité contractuelle, en raison de l'annulation du contrat, au motif que la responsabilité « ne pouvait être recherchée que sur le fondement délictuel ou quasi-délictuel », Cass. civ., 3^{ème}, 18 mai 2011, n°10-11.721, Bull. civ., III, n°79 ; Gaz. Pal., 4 août. 2011, n°216, p. 15, note D. Houtcieff ; Gaz. Pal., 6 oct. 2011, n°279, p. 13, note M. Mekki ; RDC, n°4-2011, p. 1139, note T. Genicon.

⁵³ L'application d'une stipulation dans un sens non-conforme à la volonté du cocontractant ne peut ainsi s'analyser que comme un fait juridique, Cf. *Supra*, n°42 et s.

volonté permet de qualifier un fait d'acte juridique. Néanmoins, le fait juridique, celui qui ne suppose pas l'expression d'une volonté étendue aux effets de droit, peut se glisser à tout moment au sein même de l'acte juridique.

252. L'indifférence du moment de mise en œuvre du fait juridique. La relation contractuelle représente un entremêlement d'actes et de faits juridiques, dont il importe peu de savoir si les faits juridiques sont mis en œuvre avant ou après la conclusion du contrat ou au moment de son exécution. En d'autres termes, l'ensemble des faits juridiques mis en œuvre avant la conclusion du contrat, en vue de celle-ci, ne revêtiront pas la qualification d'acte juridique. Certains demeureront des faits juridiques, en raison de l'absence d'accord de volonté sur ces points. D'autres faits sont obligatoires avant la conclusion d'un contrat, mais ne reçoivent pas la qualification d'acte juridique⁵⁴. Ces faits peuvent avoir des effets en cours d'exécution de l'acte, mais il conviendra de distinguer ces effets de ceux que l'acte juridique produit. Il en va de même pour les faits juridiques qui peuvent survenir en cours d'exécution de l'acte juridique. S'il s'agit de l'effet d'une obligation contractuelle, ce faits ressortiront à la qualification des actes juridiques et feront corps avec le contrat. En revanche, si ces faits sont indépendant des obligations contractuelles, et ressortent par exemple au comportement d'un contractant, ils demeureront des faits juridiques et leur éventuels effets seront à distinguer de ceux de l'acte juridique que constitue le contrat⁵⁵. La perception de la relation contractuelle comme un entremêlement d'actes et de faits juridiques impose de ne pas regarder l'acte juridique que constitue le contrat comme un évènement mettant fin à toute possibilité de création de faits juridiques entre les mêmes parties. Les faits juridiques des pourparlers et de la conclusion du contrat peuvent ou non y être intégrés et il en va de même pour les faits juridiques qui se produisent lors de l'exécution du contrat. Néanmoins, une difficulté survient lorsqu'il s'agit d'étudier les obligations que la loi ou la jurisprudence font découler des contrats sans que ceux-ci ne les aient prévues.

⁵⁴ Le législateur a mis en place un certain nombre d'obligations d'informations précontractuelles, exigences auxquelles il est obligatoire de satisfaire même si ces obligations n'ont pas de caractère contractuel et que leur inexécution, ou leur mauvaise exécution peuvent être source de responsabilité sur le fondement des faits juridiques, que l'inexécution ait entraîné une nullité du contrat ou un dol du créancier de l'obligation. V. pour des ex. parmi d'autres de ces obligations d'information, celle du professionnel à l'égard du consommateur, prévue par l'art. L. 111-1 et s. C. conso., celle de l'assureur à l'égard du futur assuré, prévue par l'art. L. 112-2 du C. ass., ou encore celle du médecin à l'égard de son patient, prévue par l'art. 1111-2 et s. C. santé publique ; La jurisprudence fonde ces actions sur les faits juridiques, v. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 2001, n°98-18.145, Bull. civ., I, n°14 : en matière de contrat d'assurance, « l'action engagée contre l'assureur en raison d'un manquement à cette obligation précontractuelle ne dérive pas du contrat d'assurance » ; JCP, G, 2001, II, 10609, note sous arr. M.- H. Maleville ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 avr. 2005, n°03-14.842, Bull. civ. I, n°178, et 23 janv. 2008, n°06-17.489, Bull. civ. I, n°27 : en matière de devoir d'information du notaire, le manquement de ce dernier à cette obligation relève de sa responsabilité délictuelle, fondée sur un fait juridique.

⁵⁵ Cf. *Supra*, n°249.

253. La qualification des obligations « conséquentes » des contrats. Il ne doit faire aucun doute que les obligations que la loi ou la jurisprudence attache à un contrat en raison de sa nature ou de son objet doivent suivre le régime juridique des obligations inscrites dans ce contrat. Pour autant, de prime abord, cette affirmation n'apparaît pas évidente. En effet, s'agissant d'obligations légales, elles devraient, à l'instar d'autres obligations légales qui s'appliquent par exemple lors de la formation du contrat, suivre le régime des faits juridiques. Elles n'impliquent pas l'expression d'une volonté de la part du créancier ou du débiteur⁵⁶. Leur force obligatoire ne dépend pas de la volonté des contractants, mais directement de la loi ou de la jurisprudence. Sans entrer dans le débat doctrinal différent sur la question de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire des contrats⁵⁷, il convient de noter que quelques auteurs dénie à la volonté le rôle qualificatif d'acte juridique qui est le sien en raison du fait que certains effets des contrats se produisent sans que la volonté n'y joue aucun rôle⁵⁸. Il est ainsi question des obligations auxquelles fait référence l'article 1194 du Code civil⁵⁹. Le législateur peut en effet prévoir des obligations conséquentes pour tel ou tel contrat, qui ont un effet automatique. Un auteur a démontré que les obligations « complétives »⁶⁰ prévues par l'article 1194 du Code civil constituent des obligations contractuelles⁶¹, dans lesquelles la volonté des parties importe peu⁶². Son raisonnement ne peut que convaincre de l'appartenance des obligations conséquentes des contrats à la catégorie des actes juridiques, même si la volonté des parties ne joue pas un rôle prépondérant dans ce domaine. En effet, la volonté des parties peut être considérée comme d'ors et déjà exprimée, même si cette expression ne s'étend pas à ces effets particuliers. Le fait que la loi y attache un certain nombre d'effets automatiques découle du principe selon lequel *nemo censetur ignorare legem*⁶³. Ainsi, lors de l'expression de leur volonté, les parties ne peuvent que connaître les effets que la loi lui

⁵⁶ V. sur ce point : C. Caillé : *op. cit.*, n°12 et s.

⁵⁷ Il faut noter que les principales critiques doctrinales adressées à la volonté ne concernent pas son utilisation comme critère de qualification d'acte juridique, mais sa son utilisation en tant que principe de l'autonomie de la volonté, fondant la force obligatoire des contrats, ce qui est sensiblement différent et dont il n'est pas question dans les présents développements. Sur ces critiques, v. P. Lemay : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, précité, n°130 et s.

⁵⁸ C. Caillé : *op. cit.*, n°13 et s.

⁵⁹ Art. 1194 C. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi » ; Comp. avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 : anc. art. 1135 C. civ. : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

⁶⁰ P. Jacques : *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th., préf. P. Chabas, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2005, n°177 et s.

⁶¹ *Idem*, n°226 et s, spéc. n°228 : « La part complétive est ainsi foncièrement contractuelle, elle qui contribue à la réalisation de la finalité d'un accord de volonté intervenu ».

⁶² *Idem*, n°226 : « Il ne sert donc à rien de prétendre que les parties ont voulu la part complétive du modèle auquel leur accord correspond, qu'elle l'ont couverte par leur volonté, recherchée ou même simplement connue ».

⁶³ « Nul n'est censé ignorer la loi ».

fera produire. La volonté n'est donc « pas la source unique des effets du contrat »⁶⁴, puisque la loi, l'usage ou la jurisprudence peuvent également intervenir à ce stade, mais elle demeure l'élément caractérisant le contrat, sans lequel le contrat ne peut être conclu. Ainsi, existe toujours « une manifestation de volonté créatrice du contrat »⁶⁵. Au-delà de ces obligations « conséquentes », qui ressortissent à la catégorie des actes juridiques telles les accessoires de cet acte, une question similaire se pose quant à l'unilatéralisme dans le contrat.

254. La qualification de l'unilatéralisme dans le contrat. Le contrat s'impose comme l'exemple-type de l'acte juridique. Il n'en est cependant pas la seule manifestation, et les actes juridiques unilatéraux, comme les testaments ou les statuts de sociétés unipersonnelles, constituent pareillement des actes juridiques. Cependant, le contrat est l'incarnation d'un acte juridique bilatéral ou plurilatéral⁶⁶. La relation contractuelle dans laquelle peut prendre place un certain nombre de faits juridiques apparaît comme nouée entre au moins deux personnes. A l'occasion de ces contrats, un auteur a souligné que l'unilatéralisme qui permet à la volonté de l'un des contractants de produire des effets quant à la relation dans son ensemble, se développe⁶⁷. Cet auteur estime que l'unilatéralisme dans le contrat prend deux formes⁶⁸. La première se traduit par des clauses du contrat qui confèrent un pouvoir unilatéral à l'une des parties. La source de cette forme d'unilatéralisme ne fait aucun doute, elle est conventionnelle⁶⁹. Poursuivant ce raisonnement, il est possible d'en déduire, sans surprise, que les clauses qui confèrent un pouvoir unilatéral et leur application font partie de la catégorie des actes juridiques et ne constituent donc pas un simple fait juridique qui surviendrait en cours d'exécution du contrat. Pour résumer, il s'agit de l'un des effets sur lesquels la volonté des parties s'est exprimée. La deuxième forme qu'analyse l'auteur est incarnée par « les nouvelles prérogatives unilatérales »⁷⁰. La distinction qu'il opère se fonde sur la source qui, s'agissant de cette seconde forme, est légale ou jurisprudentielle⁷¹. En suivant son analyse, ces

⁶⁴ M.- L. Izorche : *op. cit.*, n°119 ; C. Caillé : *op. cit.*, n°13 ; *Contra*, une doctrine plus ancienne affirmait que la volonté ne peut être que la seule source des effets du contrat : J. Martin de la Moutte : *L'acte juridique unilatéral*, thèse, préf. P. Raynaud, Paris : Recueil Sirey, 1951, n°17, où l'auteur analyse l'acte juridique comme la relation qui unit la volonté aux effets de droit, l'intention de réaliser les effets étant nécessaire à leur production ; *Adde* : E. Gounot : *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th., Paris : Librairie A. Rousseau, 1912, où l'auteur estime que les actes juridiques impliquent la volonté comme élément déclencheur mais aussi élément de définition et de spécification des effets, alors que là où la volonté ne joue qu'un rôle déclencheur, il ne faut voir qu'un fait juridique.

⁶⁵ C. Caillé : *op. cit.*, n°14.

⁶⁶ Cf. art. 1101 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131, « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes ».

⁶⁷ P. Lemay : *op. cit.*, n°3 et s.

⁶⁸ *Idem*, n°4.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

manifestations de l'unilatéralisme, consacrées par la loi ou la jurisprudence, devraient revêtir le caractère de fait juridique, et auront bien évidemment des conséquences sur le contrat. Pourtant, il n'est pas certain que le critère de distinction fondé sur la source doive conduire à exclure de l'acte juridique les manifestations de l'unilatéralisme dans le contrat qui ont leur source dans la loi ou la jurisprudence. En effet, ces formes d'unilatéralisme constituent des effets automatiques du contrat, des « suites »⁷² et rejoignent en cela les obligations conséquentes, ou « complétives »⁷³ qui sont prévues par l'article 1194 du Code civil. Les prérogatives unilatérales reconnues à une partie à un contrat par la jurisprudence ou la loi peuvent en effet apparaître comme des « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation »⁷⁴. Ces suites ne sont pas à proprement parler des obligations, l'article 1194 permettant, par ce terme, d'inclure dans les suites à la fois des obligations, mais aussi par exemple ces prérogatives dont la mise en œuvre dépend d'une des parties⁷⁵. Il est possible d'appliquer à ces suites le même raisonnement que celui exposé concernant les obligations conséquentes, elles revêtent le caractère d'acte juridique, les parties, en s'engageant, ne pouvant pas ignorer ces prérogatives légales ou jurisprudentielles. Ainsi, malgré les apparences, les sources de l'unilatéralisme dans les contrats sont unifiées, et ces prérogatives découlent nécessairement d'un acte juridique, et ne peuvent s'analyser comme un simple fait juridique qui aurait des conséquences sur la relation contractuelle. En conséquence, l'ensemble des suites de l'acte juridique est considéré comme un accessoire de cet acte juridique. L'étude de ces quelques difficultés doit permettre de mieux appréhender ce qui, dans une relation contractuelle ressortit à l'acte juridique et par déduction, ce qui doit être regardé comme des faits juridiques, cette catégorie étant résiduelle.

255. Le démêlement de l'acte et du fait juridique dans la relation contractuelle.

L'acte juridique apparaît plus large que la seule expression stricte de la volonté des parties de produire des effets juridiques, il comprend également l'ensemble des effets induits par les premiers en raison de la loi, de la jurisprudence ou de l'usage. L'expression de la volonté tendant vers un effet constitue le critère de l'acte juridique. L'ensemble des autres agissements des parties doivent être considérés comme des faits juridiques, quels que soient leur apparence, ou le moment de leur mise en œuvre. Il faut néanmoins, avec certains auteurs, constater que la

⁷² Ce terme apparaît dans l'article 1194 C. civ.

⁷³ Pour reprendre le terme utilisé par P. Jacques : *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. précitée.

⁷⁴ Art. 1194 C. civ.

⁷⁵ Comp. : P. Jacques : *op. cit.*, pour qui les « suites » de l'article 1135 sont des « obligations complétives », et donc nécessairement des obligations (not. n°424).

volonté peut avoir un rôle plus ou moins important en matière de faits juridiques⁷⁶. Néanmoins, soit la volonté ne s'étend pas, en matière de fait juridiques, aux effets juridiques du fait, soit les effets juridiques produits n'étaient pas le but de la volonté⁷⁷. La distinction est parfois subtile, mais n'en demeure pas moins réelle et solidement ancrée dans la législation qui distingue les actes et les faits d'une même relation contractuelle et leur donne parfois un régime différent.

2. Les faits juridiques saisis au sein des actes juridiques par la loi.

256. L'essor de la prise en compte des faits juridiques au sein des actes juridiques dans la loi. Le législateur a parfois vu dans les règles relatives à des contrats un moyen de régler certaines relations juridiques⁷⁸, le plus souvent dans un objectif de protection d'une des parties ou d'une situation. Cet objectif de protection le conduit à distinguer, dans ces relations expressément contractuelles, un certain nombre d'agissements, de faits, qui demeurent des faits juridiques, et peuvent être saisis comme tels, malgré la présence du contrat. Ainsi, la consécration de certains contrats par le législateur laisse une place à l'appréhension de faits juridiques (a), alors qu'en droit commun, certains régimes de responsabilité délictuelle sont amenés à saisir des faits juridiques au sein d'actes juridiques (b).

a. Les faits juridiques saisis au sein des actes juridiques par les droits spéciaux.

257. Les faits juridiques saisis à l'occasion de contrats. Loin de s'immiscer dans l'ensemble des contrats du droit français, il convient de s'attarder sur des exemples d'appréhension de faits juridiques par le législateur, qui, prévoyant ces contrats, ne s'interdit pas de saisir des faits juridiques concomitants à la conclusion ou à l'exécution de ceux-ci. Son objectif est alors la protection de l'un des contractants, ou parfois celle du marché. Ces faits juridiques peuvent avoir une influence sur le contrat, permettant parfois aux parties d'échapper

⁷⁶ M.- L. Izorche : *op. cit.*, n°303-304, où l'auteur explique que « l'opération de prévision des effets est parfois fictive dans les actes et peut être effective dans les faits », prenant notamment respectivement les exemples de l'acte médical et de la théorie des risques dans la responsabilité civile délictuelle ; L. Bloch : « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical : de l'acte juridique au fait juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris : Lexis-Nexis : Dalloz, 2012, p. 737-762, spéc. p. 745-746, où l'auteur estime que « les volontés du patient comme celle du médecin ne sont pas tournées vers la production d'effet de droit. Il s'agit de volontés qui vont avoir des conséquences juridiques mais ce n'était pas nécessairement leur but premier ». L'auteur estime par ailleurs (p. 752 et s.) que l'acte médical est un « fait juridique consenti ».

⁷⁷ L. Bloch : *op. cit.*, p. 752 : En matière d'acte médical, « il convient donc de quitter le modèle contractuel, et plus largement le modèle des actes juridiques. Ni la volonté du patient ni celle du médecin ne sont tournées vers la création d'effets de droit. Leur volonté va avoir des conséquences juridiques, sans que cela soit le but premier de la volonté ».

⁷⁸ V. par ex. : la convention annuelle, prévue par l'art. L.441-7 C. com. ; le contrat de travail, prévu par les art. L. 1211-1 et s. C. trav., le contrat de consommation, dont certaines règles sont générales et sont prévues (après l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301) par les art. L. 211-1 à L. 218-2 C. conso., et dont des règles spécifiques à certains contrats sont prévues par les art. L. 221-1 et s. C. conso.

à tout ou partie de leurs obligations (α), ou peuvent coexister avec le contrat, et être saisis malgré la présence d'un contrat, dans un but de sanction (β).

α : L'influence des faits juridiques sur le contrat.

258. Les faits juridiques comme un moyen d'échapper à des obligations contractuelles. Le législateur prévoit parfois un certain nombre de faits juridiques comme moyen pour un débiteur d'échapper à ses obligations contractuelles. Sans prétention d'exhaustivité, il convient d'analyser en quoi les faits juridiques peuvent avoir une telle influence sur le contrat, en matière de relations de travail, mais aussi en période de procédure collective pour un débiteur professionnel.

259. Faits juridiques à l'occasion d'un contrat de travail. Le contrat de travail est un contrat particulier, celui par lequel « un salarié place sa force de travail sous l'autorité d'un employeur, moyennant le versement d'un salaire »⁷⁹. Ce contrat a pour conséquence la création d'un lien de subordination entre l'employeur et le salarié⁸⁰. Tout particulier qu'il est, le contrat de travail n'en demeure pas moins un acte juridique. Au cours de l'exécution de cet acte, un certain nombre de faits juridiques pourront venir le suspendre, sans qu'il soit possible, pour l'employeur, d'arguer d'une inexécution de ses obligations par le salarié. Il s'agit par exemple des cas de la maladie du salarié⁸¹, ou de la grossesse de la salariée⁸². Ces faits ont ainsi des conséquences sur l'exécution du contrat. Au-delà, d'autres faits peuvent aller jusqu'à remettre en cause l'application de clauses du contrat de travail, pourtant *a priori* applicables. Il en va ainsi par exemple de la clause de mobilité dont l'application ne doit pas porter atteinte de manière disproportionnée à la vie personnelle et familiale du salarié⁸³. La jurisprudence a parfois annihilé les effets d'une telle clause sur ce fondement⁸⁴. Le fait juridique permet alors

⁷⁹ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « contrat (de travail) ».

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Art. L. 1226-1 et s. C. trav.

⁸² Art L. 1225-1 et s. C. trav.

⁸³ V. par ex. : Cass. soc., 14 oct. 2008, n°07-40.523, Bull. civ. V, n°192, où la Cour invite à rechercher si « la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché » ; Revue de droit du travail, 2008, p. 731, note G. Auzero ; JCP E, 2009, 1125, note S. Béal et C. Terrenoire ; P. Aff., 3 avr. 2009, n°67, p. 5, note V. Fraissinier-Amiot.

⁸⁴ V. par ex. : Cass. soc., 10 janv. 2001, n°98-46.226, Bull. civ., V, n°3, où la Cour approuve la juridiction du fond pour avoir considéré qu'avait abusé de son droit de mettre en œuvre la clause de mobilité l'employeur qui n'assure pas à son salarié les moyens de se rendre sur son lieu de travail modifié, alors même « que la salariée se trouvait dans l'impossibilité, en l'absence de transport en commun, de se rendre à l'heure prévue sur le nouveau lieu de travail qui lui était imposé » ; Cass. soc., 2 juill. 2003, n°01-42.046, où la Cour approuve la juridiction du fond qui a considéré qu'avait fait un usage abusif de la clause de mobilité « l'employeur qui connaissait les difficultés matérielles du salarié [...] l'avait affecté sur un site distant de plus de 150 km sans rechercher s'il existait d'autres possibilités d'emploi en dépit des observations de l'intéressé qui avait signalé le mauvais état de

d'échapper à l'application d'une stipulation contractuelle, alors même qu'il n'est pas nécessairement connu lors de la conclusion du contrat, puisque la vie personnelle et familiale du salarié peut avoir été modifiée depuis lors. Malgré le contrat, un certain nombre de faits juridiques sont donc saisis par le législateur dans les relations de travail, et ont des effets sur ce dernier au détriment de la volonté des parties. Une logique similaire d'atténuation ou de suppression des obligations d'une des parties peut être observée en droit des procédures collectives.

260. Les effets sur le contrat des difficultés du débiteur. Le débiteur procédure collective est en mesure, moyennant l'ouverture de la procédure par un juge, d'user du fait qu'il soit en difficulté, pour modifier ses obligations contractuelles, et parfois même pour y échapper⁸⁵. Ainsi, en premier lieu, le débiteur se verra accorder judiciairement le « droit de ne pas payer ses dettes »⁸⁶. En effet, le débiteur a parfois la possibilité de proposer de renégocier ses contrats, et de se voir attribuer des remises de dettes ou des délais de paiement par ses créanciers. Cette situation existe tant dans la procédure de sauvegarde que dans la procédure de conciliation⁸⁷. Il est alors possible que la modification contractuelle soit imposée au créancier, sans que celui-ci soit d'accord, en particulier en procédure de sauvegarde où un plan, préparé par le débiteur, est soumis au vote des comités de créanciers, et où la majorité qualifiée implique qu'un certain nombre de créanciers se verront imposer le plan, malgré leur vote⁸⁸. En second lieu, la jurisprudence permet au débiteur d'échapper à ses obligations contractuelles,

son véhicule » ; Cass. soc., 13 janv. 2009, n°04-45.562, Bull. civ., V, n°4, où la Cour casse l'arrêt des juges du fond qui n'avaient pas recherché si la « mise en œuvre de la clause de mobilité ne portait pas une atteinte au droit de la salarié, [...] veuve et élevant seule deux jeunes enfants, à une vie personnelle et familiale, [...] et si la modification des horaires journaliers de travail étant compatible avec des obligations familiales impérieuses ». Dans ces trois espèces, la clause de mobilité, pourtant incluse dans le contrat de travail est anéantie par la prise en considération d'un fait juridique tiré du droit fondamental à la vie personnelle du salarié, de sorte qu'un fait juridique (absence de transports en commun, mauvais état du véhicule du salarié, situation de famille) peut permettre au salarié d'échapper à cette obligation contractuelle.

⁸⁵ V. sur ces points : v. : D. Voinot : « Les droits du contractant vulnérable à l'épreuve des procédures collectives », in Colloque *Les droits du contractant vulnérable*, Lille, dir. S. Le Gac-Pech, 10 mars 2015, Bruxelles : Larcier, coll. contrats et patrimoine, 2016, p. 63 et s.

⁸⁶ Pour reprendre le titre de l'article de G. Ripert : « Le droit de ne pas payer ses dettes », D. 1936, p. 57 ; Il est également possible de songer à la clôture de la procédure collective, où les dettes du débiteur peuvent être effacées. Ainsi, la clôture d'une procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actifs « ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leur action contre le débiteur » (art. L. 643-11 C. com.).

⁸⁷ En matière de sauvegarde, v. art. L. 626-2 et s., not. L. 626-5 C. com. qui précise que le plan de sauvegarde contient des propositions pour le règlement des dettes du débiteur, qui peuvent porter sur des délais de paiement ou des remises de dettes. En matière de conciliation, la procédure consiste en la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise (art. L. 611-7).

⁸⁸ La procédure de sauvegarde peut voir créés deux comités de créanciers, celui des établissements de crédit et celui des principaux fournisseurs. L'approbation du plan sera alors soumise à ces comités, qui se prononcent à la majorité des 2/3 du montant des créances détenues (art. L. 626-30-2 C. com.).

lorsqu'il fait état de difficultés⁸⁹. La reconnaissance par la jurisprudence de cette conséquence d'une procédure de sauvegarde pour le débiteur, tout comme les modifications contractuelles imposées aux créanciers démontrent que le fait juridique d'être en difficulté pour un débiteur et de faire reconnaître cet état par l'ouverture d'une procédure collective, entraîne des effets sur les contrats. L'ouverture d'une telle procédure entraîne par ailleurs l'application pour le débiteur de l'interdiction des paiements de ses créanciers⁹⁰, et pour les créanciers de l'arrêt des poursuites contre le débiteur⁹¹. L'influence du fait juridique sur le contrat est donc évidente en droit des procédures collectives, dans un objectif de protection du débiteur en difficultés. Tout comme en droit du travail, ce fait juridique qu'est la difficulté du débiteur a une influence sur le contrat, permet au débiteur d'échapper ou de différer ses obligations contractuelles. D'autres dispositions législatives montrent qu'au-delà de ce rôle, les faits juridiques sont parfois appréhendés par le législateur en eux-mêmes, dans un but de sanction de certains agissements mis en œuvre à l'occasion d'un contrat, ce qui implique que des faits juridiques coexistent avec l'acte juridique que constitue le contrat, sans nécessairement avoir une influence directe sur celui-ci.

β : La coexistence de faits juridiques et d'un contrat.

261. Faits saisis en marge du contrat. Malgré l'existence du contrat, le législateur vient parfois saisir des faits juridiques qui se situent en marge de celui-ci, coexistent avec lui, dans un but de sanction de l'une des parties. C'est ainsi que certains faits juridiques peuvent être sanctionnés au titre des pratiques anticoncurrentielles malgré l'existence d'un contrat, que

⁸⁹ Cass. com., 8 mars 2011, *Cœur défense* pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, Bull. civ., IV, n°33, où la Cour estime que « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements », et censure l'arrêt des juges du fond qui avaient rétracté le jugement d'ouverture de la procédure au motif qu'une des sociétés en cause avait cherché à porter atteinte à la force obligatoire des contrats, et que l'autre avait cherché à échapper à l'exécution d'un pacte commissoire ; Sur cet arrêt, v. : Rev. proc. coll., 2011, n°2, repère 2, note M. Menjucq ; D. 2011, p. 919, note sous arr. A. Lienhard, et note P.- M. Le Corre ; *idem*, p. 1441, note L. Arcelin-Lécuyer ; P. Aff., 14 mars 2011, n°51, p. 6, note sous arr. G. Teboul ; JCP, E, 2011, 1215, note sous arr. A. Couret et B. Dondero ; Gaz. Pal., 2 avr. 2011, n°92, p.7, note F. Reille ; Rev. sociétés 2011, p. 404, note B. Grelon ; RLDA, 5-2011, n°60, p. 20-24, note S. Cavet ; RTD Civ., 2011, p. 351, note B. Fages.

⁹⁰ L'interdiction des paiements des créances à l'ouverture des procédures collectives est prévue quant à la sauvegarde par l'art. L. 622-7 C. com., pour la procédure de redressement judiciaire par l'art. L. 631-14, et pour la procédure de liquidation judiciaire par l'art. L. 641-3 C. com. (par référence à l'article concernant la sauvegarde) ; Sur ce point, v. : D. Voinot : *Procédures collectives*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ – Lextenso Editions, coll. Cours, 2013, n°372.

⁹¹ L'arrêt de poursuites individuelles à l'ouverture des procédures est prévue concernant la sauvegarde par l'article L. 622.21 C. com., pour la procédure de redressement judiciaire par l'article L. 631-14 C. com., et pour la liquidation judiciaire, par l'article L. 641-3 C. com. (par référence à l'article concernant la sauvegarde) ; Sur ce point, v. : D. Voinot : *op. cit.*, n°399 et s.

d'autres faits sont appréhendés en marge d'un acte médical, et que des faits sont également sanctionnés à l'occasion de contrats de consommation.

262. Faits juridiques saisis par le droit des pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques anticoncurrentielles a pour finalité la protection du marché et vient sanctionner des comportements qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence sur un marché. Dans cet objectif, il est amené à saisir ces comportements jusqu'au sein de contrats, que ces comportements ne soient que des faits juridiques qui se produisent à l'occasion du contrat⁹², ou soient des parties intégrantes de l'accord des parties. Par exemple, le droit des pratiques anticoncurrentielles est venu sanctionner les clauses des contrats conclus entre les fournisseurs de produits pétroliers et les pompistes qui prévoyaient, à la fin du contrat, la restitution en nature des cuves dans lesquelles est stockée la marchandise chez le pompiste⁹³. Un droit de sanction de pratiques venait alors annihiler une clause, et les exemples sont multiples⁹⁴. La question qui semble alors poindre est celle de savoir si la sanction est celle

⁹² La matière, pour laquelle la présence d'un acte juridique n'empêche pas la survenance de faits juridiques, ne semble pas faire preuve d'originalité dans cette dimension, et vient par exemple sanctionner un abus de position dominante en raison de l'imposition d'un prix de revente par l'entreprise en position dominante (ex. : Cons. conc., déc. n°00-D-85 du 20 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution du chlorate de soude).

⁹³ Cons. conc., déc. n°87-D-34 du 29 sept. 1987 relative à la clause de restitution des cuves et matériels dans les contrats qui lient les sociétés pétrolières à leurs revendeurs ; solution confirmée par CA Paris, 1^{ère} ch. A, 5 mai 1988. Une solution identique dans une aff. similaire a été affirmée par Cass. com., 18 fév. 1992, n°87-12.844, Bull. civ., IV, n°78 : « L'obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant, non justifiés par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, et qu'elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur ; qu'elle est ainsi disproportionnée avec la fonction qui lui a été fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs » ; JCP, G, 1992, II, 21897, note M. Béhar-Touchais ; RTD Civ., 1992, p. 759, note J. Mestre.

⁹⁴ Ainsi, certaines clauses de non-concurrence ont été sanctionnées sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles, v. par ex. Cons. conc., déc. n°08-D-03 du 21 fév. 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par la Fédération nationale des Gîtes de France et le réseau Bienvenue à la Ferme, qui a considéré que « en s'engageant à *ne pas créer ni développer des produits concurrents* à ceux de l'autre réseau, chacun s'interdit de faire concurrence à l'autre et par là même, les deux réseaux se répartissent les marchés, ce qui restreint d'emblée la concurrence et constitue une pratique anticoncurrentielle » (n°95). Des clauses ont été sanctionnées sur le fondement de l'interdiction des abus de position dominante, v. par ex., les « clauses anglaises », imposant au contractant, au terme du contrat, de faire connaître à son contractant les conditions proposées par les concurrents, afin qu'il puisse exercer un droit de priorité à des conditions équivalents, analysée comme pouvant avoir pour effet de protéger la position de cette entreprise au terme de la période contractuelle, Cons. conc., déc. n°97-D-71 du 7 oct. 1997 Sociétés Asics France et autres, spéc. p. 31, reprenant une décision de la CJCE, 13 fév. 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche ; L'application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux réseaux de distribution vient aussi sanctionner certaines clauses de contrats de distribution. Le règlement n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 du TFUE en recèle plusieurs exemples, puisque, prévoyant l'exemption de certains accords au titre des ententes anticoncurrentielles, il prévoit que certaines restrictions retirent le bénéfice de l'exemption : les « restrictions caractérisées » (art. 4). Parmi ces restrictions, se trouvent par ex. la limitation des ventes aux utilisateurs finals, la restriction de la capacité du distributeur à fixer librement son prix de revente, ou encore la restriction des fournitures croisées entre distributeurs d'un même réseau de distribution sélective. Ces restrictions sont des clauses ou des contrats dont la seule présence suffira à empêcher le bénéfice de l'exemption, et par conséquent à permettre la qualification d'entente anticoncurrentielle.

d'une pratique, fait juridique, ou celle d'une clause, partie de l'acte juridique. Une brève analyse du droit des pratiques anticoncurrentielles paraît devoir plaider en faveur de la première partie. En effet, en tant que droit des pratiques, il appréhende des faits juridiques dont la particularité – qui les rend sanctionnables – est de porter atteinte, réellement ou potentiellement, à la structure ou au fonctionnement de la concurrence. Mais, l'application de ce droit à des clauses ou à des contrats amène à se demander s'il ne permet pas, dans son entreprise d'appréhension de pratiques, de sanctionner des actes juridiques, ou des parties de ceux-ci, les clauses mettant en œuvre une pratique anticoncurrentielle étant nulles⁹⁵. Un auteur a analysé cet effet du droit des pratiques anticoncurrentielles sur les clauses contractuelles, évoquant la « police des clauses contractuelles »⁹⁶. Mais, malgré le constat du rôle du droit de la concurrence sur le contrat, la question de savoir ce qui est sanctionné par le droit des pratiques anticoncurrentielles, entre le fait, la pratique, ou l'acte, le contrat ou la clause, demeure entière. Une troisième réponse apparaît alors possible, celle qui cantonne le rôle du droit des pratiques anticoncurrentielles à l'appréhension de pratiques, en tant que faits juridiques, peu important que ces pratiques aient lieu en dehors de tout contrat, ou à l'occasion d'un contrat. La clause qui peut alors être sanctionnée semble devoir être considérée comme sortie du champ de l'acte juridique, et comme ayant rejoint celui des faits juridiques, comme un élément sur lequel les parties ne pouvaient accorder leurs volontés pour produire des effets de droit. La sanction de ces clauses par la nullité semble aller en ce sens puisqu'elle induit une disparition rétroactive. Cela peut être vu comme une fiction juridique qui considère que la clause qui fait partie d'une pratique anticoncurrentielle ne peut faire partie de l'acte juridique qu'est le contrat. En d'autres termes, lors de la conclusion du contrat, le basculement qui voit un certain nombre de faits juridiques recevoir la qualification d'acte juridique n'a pas pu s'étendre à cette clause. Même sous l'apparence de clause, elle est donc demeurée un fait juridique. Le droit des pratiques anticoncurrentielles permet ainsi d'appréhender des faits juridiques, qu'il qualifie de pratiques, jusque dans les stipulations des actes juridiques. Requalifié en fait juridique, et en pratique anticoncurrentielle, la clause ou le contrat devient un sujet de droit des pratiques anticoncurrentielles. Mais ce droit ne s'intéresse qu'aux actes juridiques qui portent atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence, et son action s'avère relativement limitée⁹⁷. La requalification qu'il opère vient sortir du champ de

⁹⁵ V. art. 101 §2 TFUE, art. L. 420-3 C. com.

⁹⁶ M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. précitée, n°354 et s.

⁹⁷ Les conditions d'application du droit des pratiques anticoncurrentielles, de caractérisation d'un marché pertinent, d'une atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence sur ce marché par la pratique doit

l'acte juridique une stipulation qui, anticoncurrentielle, est contraire à l'ordre public. Ce mécanisme semble être propre au droit de la concurrence, et se retrouve, de manière plus large, en droit des pratiques restrictives de concurrence⁹⁸. D'autres domaines voient cependant coexister faits juridiques et acte juridique.

263. Faits juridiques à l'occasion de l'acte médical. L'acte médical, traité par le législateur comme un acte juridique⁹⁹, doit s'analyser, selon un auteur, davantage comme une suite de faits juridiques, qui peuvent être volontaires ou prévus par la loi¹⁰⁰. L'acte médical est, selon cet auteur, composé d'obligations d'informations, de sécurité¹⁰¹, de paiement des honoraires¹⁰², d'une obligation de moyens à la charge du médecin¹⁰³, et même d'une obligation de collaboration à la charge du patient¹⁰⁴. L'auteur confronte cette vision traditionnelle de l'acte médical comme un acte juridique au fait que le contenu donné à ce contrat est en réalité « un copié-collé de la loi »¹⁰⁵. Sa démonstration le conduit à considérer qu'il ne s'agit que d'obligations légales¹⁰⁶, que les parties ne peuvent moduler¹⁰⁷, et que l'acte médical ne peut s'analyser que comme un « fait juridique consenti »¹⁰⁸, aux effets entièrement prévus par la loi. En poursuivant son raisonnement, le déclassement d'actes juridiques en « faits juridiques consentis » en raison d'un consentement contraint¹⁰⁹, et d'effets plus légaux que contractuels¹¹⁰ dépasserait le seul acte médical pour s'appliquer également à d'autres domaines aux effets principalement légaux et au consentement contraint quant au choix du contractant ou à la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Il en va ainsi des baux d'habitation¹¹¹, où la liberté de ne pas contracter peut être largement minimisée par la situation de précarité du contractant.

conduire à circonscrire son action à ces situations, ce qui n'est pas le cas en droit des pratiques restrictives de concurrence.

⁹⁸ Il sera donc étudié plus longuement dans ce cadre, Cf. *Infra*, n°278 et s. ; n°282 et s.

⁹⁹ V. L. Bloch : *op. cit.*, p. 740 montre que l'acte médical est présenté comme un acte juridique, même s'il s'attache ensuite à dépasser cette présentation pour le caractériser comme un « fait juridique consenti » (p. 752).

¹⁰⁰ *Idem*, p. 762.

¹⁰¹ *Idem*, p. 742.

¹⁰² *Idem*, p. 746.

¹⁰³ *Idem*, p. 738.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 746.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 744.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 746.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 747.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 752.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 749, l'auteur précisant que le consentement ne peut être contractuel car, si le malade « peut contracter avec qui il veut », il n'a pas la liberté d'accepter ou de refuser de contracter, ce qui reviendrait, en retenant la qualification contractuelle, à un « contrat forcé » (p. 750).

¹¹⁰ *Idem*, p. 746-748.

¹¹¹ L'ensemble des effets d'un bail d'habitation est prévu par la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

Il en est de même s'agissant du contrat de travail¹¹², où la liberté de ne pas contracter peut être pareillement minimisée par la situation du contractant. La situation est similaire pour l'assureur couvrant les risques de responsabilité civile résultant de l'emploi de véhicules terrestres à moteur après l'action du bureau central de tarification¹¹³, ou pour l'établissement de crédit désigné pour ouvrir un compte de dépôt à une personne, après désignation par la Banque de France¹¹⁴. Le bail d'habitation, le contrat de travail, le contrat d'assurance pour véhicule terrestre à moteur, le contrat régissant un compte de dépôt sont autant d'actes dont il n'est pas contestable qu'il s'agisse d'actes juridiques. La catégorie des actes juridiques semble à même d'accueillir des actes qui, même si le consentement des parties n'est pas donné dans des conditions optimales, n'en établissent pas moins la volonté de ces parties de produire des effets juridiques. Dès lors, l'acte médical doit pouvoir être analysé comme un acte juridique, un contrat dans lequel la volonté des parties produira des effets juridiques. Mais, la caractérisation de cet acte juridique n'empêche nullement un certain nombre de faits juridiques de se produire, c'est-à-dire des faits non prévus par le contrat de soins, comme par exemple une faute du médecin, analysée comme un « comportement différent du bon père de famille médecin, qui délivre des soins normalement diligents et conformes aux données acquises de la science »¹¹⁵. Ce fait juridique, lorsqu'il s'agit d'une faute, a pour conséquence la mise en jeu de la responsabilité médicale du médecin¹¹⁶, alors que les conséquences éventuellement dommageables d'un acte médical qui ne sont pas dues à un fait juridique n'engagent pas la responsabilité médicale du médecin, mais sont pris en charge au titre de la solidarité nationale¹¹⁷. De même, le fait de ne pas informer le patient pour un médecin constitue un fait juridique, et n'est pas sanctionné sur le fondement de l'acte juridique¹¹⁸. Le législateur traite ainsi différemment les effets juridiques de l'acte médical, et les faits juridiques qui peuvent survenir au moment de la conclusion ou au cours de l'exécution de cet acte. Alors que les

¹¹² Le contrat de travail est régi par le Livre II du C. trav., la loi encadrant sa formation, son exécution, ses motifs de rupture, et le choix de sa forme, les cas dans lesquels il est possible de recourir à un contrat à durée déterminée étant limitativement énumérés par l'art. L. 1242-2 et s. C. trav.

¹¹³ Art. L. 212-1 et s. C. ass. ; L'assurance couvrant ce risque étant obligatoire, l'assuré qui se voit opposer un refus de la part d'une entreprise d'assurance peut s'adresser au bureau central de tarification qui fixe alors la prime « moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé » (art. L. 212-1 al. 2).

¹¹⁴ Art. L. 312-1 C. mon. fin. ; Ce texte prévoit le droit au compte, dont la conséquence est qu'en cas de refus d'un établissement de crédit d'ouvrir un compte à une personne qui en fait la demande, celle-ci peut saisir la Banque de France, qui lui désignera un établissement de crédit (al. 2).

¹¹⁵ L. Bloch : *op. cit.*, p. 759.

¹¹⁶ Art. L. 1142-1, I C. santé publique qui prévoit que les professionnels de santé ne « sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic, ou de soins qu'en cas de faute ».

¹¹⁷ Art. L. 1142-1, II, C. santé publique.

¹¹⁸ C. Guettier, et *alli* : *Droit de la responsabilité et des contrats*, précité, n°4223, les auteurs citant not. Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2010, n°09-11.270, et Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n°09-13.591.

premiers peuvent s'apparenter à des risques sur lesquels la volonté s'est exprimée, les seconds se trouvent en dehors du champ de l'acte juridique, et sont sanctionnés en tant que faits juridiques, via la caractérisation d'une faute. L'acte médical demeure ainsi un acte juridique, ce qui n'exclut pas que des faits juridiques peuvent survenir, tout comme pour les contrats de consommation.

264. Faits juridiques à l'occasion d'un contrat de consommation. Les différents contrats prévus par le Code de la consommation représentent l'ensemble des actes courants que peuvent réaliser les consommateurs avec des professionnels. Un certain nombre de règles régissent l'ensemble de ces contrats, de l'information préalable du consommateur¹¹⁹ aux conditions des contrats¹²⁰. Parmi ces règles, sont atteintes un certain nombre de pratiques commerciales¹²¹. Certaines de ces pratiques sont illicites, de sorte que les professionnels pourront être sanctionnés pour les avoir mises en place¹²². D'autres sont simplement réglementées, de sorte qu'elles peuvent être mises en place par des professionnels, à condition de respecter les conditions prévues par la loi¹²³. Malgré une nette distinction opérée par la structure du Code de la consommation, qui paraît placer les pratiques avant la conclusion du contrat, plus précisément entre l'information précontractuelle et les conditions générales des contrats, il convient de constater qu'un certain nombre de ces pratiques sont saisies alors même qu'un contrat lie le professionnel qui met en place la pratique et le consommateur qui en est victime. Il faut noter, à cet égard, qu'il s'agit de l'application du droit de l'Union européenne qui, dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, ne distingue pas selon l'existence ou non d'un contrat¹²⁴, et peut donc trouver à s'appliquer à l'occasion d'un contrat, ou en

¹¹⁹ Règles du Titre 1^{er} du Livre I du C. conso.

¹²⁰ Règles du Livre II du C. conso.

¹²¹ Règles du Titre II du Livre I du C. conso.

¹²² Les pratiques commerciales illicites sont prévues par le Chapitre 1^{er} du Titre II du Livre I du C. conso., et sanctionnent parmi d'autres pratiques les abus de faiblesse, les ventes sans commande préalable, ou encore les refus de vente.

¹²³ Les pratiques commerciales réglementées sont prévues par le Chapitre I du Titre II du Livre I du C. conso. et posent un certain nombre de conditions pour des pratiques telles par ex. que la publicité, les contrats conclus à distance, les loteries publicitaires, ou encore les ventes avec primes.

¹²⁴ Sur ce point, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur paraît devoir remettre en cause le plan du Code puisque la définition de la pratique commerciale déloyale, figurant à l'article 5 de la directive est ainsi formulée : « Une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse ». La directive définit par ailleurs, dans son art. 2, d) le terme « pratique commerciale » comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ». Il ressort de ces définitions que la directive peut tant s'appliquer à des pratiques mises en place à l'occasion d'un contrat, qu'à des pratiques mises en place en dehors de tout lien contractuel.

l'absence de tout rapport contractuel. Ces pratiques peuvent être analysées comme des faits juridiques, à la fois lorsqu'elles sont mises en place en l'absence de tout contrat, mais aussi lorsqu'elles sont mises en place à l'occasion d'un contrat de consommation. Sans s'attarder sur l'ensemble des pratiques trompeuses, agressives ou réglementées qui sont prévues par le droit de la consommation, il est possible de s'apercevoir que certaines d'entre elles peuvent trouver application à l'occasion d'un contrat. Il en va ainsi de la pratique trompeuse qui consiste à s'engager à fournir un service-après-vente dans une des langues de l'Union européenne et de le fournir dans une autre langue sans en informer le consommateur¹²⁵. Une autre pratique réglementée qui peut survenir à l'occasion d'un contrat est la vente avec prime, où le consommateur achète un produit ou un service, et conclut donc un contrat, afin d'avoir droit, immédiatement ou à terme à une prime¹²⁶. Si cette pratique est considérée comme déloyale, elle sera saisie au sein de l'acte juridique. Ces pratiques qui, parmi d'autres, peuvent être mises en œuvre à l'occasion d'un contrat sont sanctionnées pénalement¹²⁷. L'engagement de la responsabilité pénale du professionnel n'est pas de nature à empêcher des suites civiles à la pratique, sur le fondement des faits juridiques. La jurisprudence n'empêche pas la victime de la pratique de prétendre à la réparation du préjudice qu'elle a subi¹²⁸, et utilise le fondement du quasi-contrat relativement à une pratique commerciale déloyale¹²⁹. Puisque la pratique ne peut être qu'un fait juridique, le fondement sur lequel il convient d'agir ne peut être que celui des faits juridiques, peu important l'existence d'un contrat. Ainsi, malgré la caractérisation d'un contrat en droit de la consommation, comme en matière médicale, le législateur et la jurisprudence laissent une place aux faits juridiques qui peuvent être appréhendés sur des

¹²⁵ Art. L. 121-4, 8° C. conso., Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-1-1, 8° C. conso.

¹²⁶ Art. L. 121-19 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-35 C. conso.

¹²⁷ Les pratiques commerciales trompeuses sont sanctionnées par l'art. L. 132-2 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-6 C. conso.) qui prévoit une peine principale d'emprisonnement de deux ans et une amende de 300 000 €, et des peines complémentaires.

¹²⁸ V. par ex. : Cass. crim., 15 juin 2010, n°09-84.222, CCC, 2010, comm. 285, note G. Raymond.

¹²⁹ Relativement à la mise en place d'une loterie commerciale, la jurisprudence a caractérisé le quasi-contrat, soit, selon l'art. 1300 C. civ., un « fait purement volontaire dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui », (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1371 C. civ., qui mentionnait un « fait purement volontaire de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelque fois un engagement réciproque des deux parties »), ce qui a pour conséquence de pouvoir contraindre l'organisateur à la remise du lot promis ; v. Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n°98-22.981, Bull. Mixte, n°4 : « L'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne déterminée dans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer » ; CCC, 2002, comm. 151, note sous arr. G. Raymond ; D. 2002, p. 2531, note A. Lienhard ; p. 2963, note sous arr. D. Mazeaud ; JCP, G, 2002, II, 10173, note S. Reifegerste ; P. Aff., 24 oct. 2002, n°213, p. 16, note sous arr. D. Houtcieff ; RTD Civ., 2003, p. 94, note J. Mestre et B. Fages ; *Adde* : P. Le Tourneau, A. Zabalza : « Le réveil des quasi-contrats-à propos des loteries publicitaires », CCC, 2002, Chr. 22 ; Pour des ex. plus récents : Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 2010, n°08-16.159, 25 févr. 2010, n°09-12.129, 11 mars 2010, n°08-20.545, RTD Civ., 2010, p. 325, note B. Fages.

fondements propres. Une logique similaire se retrouve en droit de la responsabilité civile délictuelle. Dans cette matière de prédilection de l'appréhension de faits juridiques, il apparaît que certains d'entre eux peuvent être appréhendés au sein d'actes juridiques.

b. Les faits juridiques saisis au sein des actes juridiques par le droit commun.

265. Les faits juridiques saisis dans les actes juridiques par le droit de la responsabilité. La seule application de la responsabilité civile délictuelle ne doit pas laisser présupposer l'unique présence d'un fait juridique. Celui-ci peut survenir au sein même d'un acte juridique, et un certain nombre d'exemples ont montré que l'application de la responsabilité délictuelle pouvait avoir lieu en dépit de l'existence d'un contrat¹³⁰. Au-delà de la responsabilité délictuelle de l'article 1240 du Code civil¹³¹, certains régimes spéciaux de responsabilité existent, et appréhendent des faits juridiques, qu'ils soient survenus ou non dans un contexte contractuel.

266. Les faits juridiques saisis dans les actes juridiques par le droit de la responsabilité par suite d'un accident de la circulation. Une loi de 1985 a créé un régime spécial de responsabilité du fait d'un accident de la circulation¹³². Cette loi définit son champ d'application comme étendu aux victimes d'accidents de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur¹³³. Le critère d'indemnisation de la victime réside ainsi dans l'implication d'un véhicule dans l'accident, sans qu'il soit nécessaire, comme dans les autres cas de responsabilité civile, de rechercher une éventuelle faute du conducteur de ce véhicule¹³⁴. Le caractère original du champ d'application de ces dispositions paraît davantage résider dans la précision qu'apporte le législateur lorsqu'il décrit le champ d'application de la loi, qui concerne les victimes, « même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat »¹³⁵. Il est explicitement prévu qu'un cas de responsabilité civile s'applique pour ouvrir le droit à indemnisation de la victime, même si celui dont le véhicule est impliqué dans l'accident et la victime de cet accident sont liés par un contrat. Est bien évidemment visé le contrat de transport, dans lequel la personne transportée peut être victime d'un accident dans lequel est

¹³⁰ V. ainsi par ex. la responsabilité délictuelle du médecin, malgré l'acte médical ; la responsabilité délictuelle du professionnel, malgré le contrat de consommation, *supra*, n°263 et s.

¹³¹ Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1382 C. civ.

¹³² Loi n°85-677 du 5 juill. 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

¹³³ Loi n°85-677, art. 1.

¹³⁴ Sur ce point, v. P. Brun : *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., Paris : LexisNexis, coll. Manuels, 2014, n°672.

¹³⁵ Loi n°85-677, art. 1.

impliqué le véhicule qui la transporte, soit en d'autres termes, le véhicule de son contractant. Mais, la mention du texte n'est pas limitée au contrat de transport, de sorte qu'il est permis de penser qu'il s'étend aux accidents de la circulation survenus dans le cadre de l'exécution d'un contrat¹³⁶. Il ne fait guère de doute que l'accident de la circulation soit un fait juridique, « soudain et fortuit »¹³⁷, et qu'il ne peut être ainsi qualifié d'acte volontaire¹³⁸, et par conséquent, d'acte juridique. Cette qualité de fait juridique n'empêche pas l'accident de la circulation de pouvoir se produire dans le contexte d'une relation contractuelle. L'effet de la loi de 1985 est alors de saisir le fait juridique, au sein de l'acte juridique, afin d'en tirer des conséquences propres et distinctes de celles prévues par le contrat. Le législateur prévoit donc, jusque dans les relations basées sur des actes juridiques, de saisir le fait juridique que constitue l'accident de la circulation dans lequel un véhicule terrestre à moteur est impliqué. Une solution analogue est appliquée en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

267. Les faits juridiques saisis dans les actes juridiques par le droit de la responsabilité du fait de produits défectueux. Une directive européenne de 1985 est intervenue pour harmoniser la législation des états membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux¹³⁹. Cette directive, malgré le délai de trois années imparti pour sa transposition¹⁴⁰, a été transposée en droit interne français par une loi de 1998¹⁴¹. Ont alors été créés les articles 1386-1 et suivants du Code civil¹⁴², devenus aujourd'hui les articles 1245 et suivants¹⁴³. Depuis lors, le producteur d'un produit est responsable du dommage causé par le

¹³⁶ V. par ex. dans un contrat de bail à ferme, Cass. civ. 2^{ème}, 21 juin 2001, n°99-15.732, Bull. civ. II, n°122, où un incendie avait été provoqué sur le bâtiment donné à bail par un accident de la circulation causé par le preneur à l'occasion de travaux agricoles. La juridiction du fond avait considéré que le locataire était seul responsable, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, de l'incendie du bâtiment, causé par une faute grave de sa part résidant dans l'accumulation des facteurs de risques d'incendie. La Cour de cassation a cassé cet arrêt, en précisant que cet incendie ayant été causé par « l'émission d'un brin de calamine incandescent provenant de l'échappement du tracteur », il s'agit des conséquences d'un accident de la circulation dans lequel un véhicule terrestre à moteur était impliqué, ce qui justifie l'application de la loi du 5 juill. 1985 ; RTD Civ., 2001, p. 901, note P. Jourdain.

¹³⁷ P. Brun : *op. cit.*, n°679.

¹³⁸ *Ibidem* ; Adde : P. Jourdain : « Un accident de la circulation ne peut être volontairement causé », RTD Civ., 1995, p. 132.

¹³⁹ Directive 85/374 du Conseil du 25 juill. 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

¹⁴⁰ Directive 85/374, art. 19 ; Sur ce point, v. CJCE, 13 janv. 1993, Commission c. France, aff. C-293/91 qui condamne la France pour non-transposition de la directive.

¹⁴¹ Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux ; la transposition n'ayant pas été conforme à la directive, la France a été à nouveau condamnée par la CJUE, 25 avr. 2002, aff. C-52/00, Commission c. France ; Sur les « vicissitudes » de cette transposition, v. P. Brun : *op. cit.*, n°734 et s.

¹⁴² Ces textes sont inclus dans un Titre IV Bis du C. civ., intitulé *De la responsabilité du fait des produits défectueux*.

¹⁴³ Cf. ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 qui, en matière de responsabilité extracontractuelle, se contente de reprendre à droit constant les dispositions anciennes, en attendant une réforme consacrée à cette responsabilité, dont l'avant-projet de loi a été publié par la Chancellerie le 29 avr. 2016.

défaut de celui-ci, « qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime »¹⁴⁴. De la même manière que le législateur l'avait prévu en matière d'accidents de la circulation, la responsabilité du fait des produits défectueux a vocation à s'appliquer peu important l'existence ou non d'un contrat. Cependant, la loi laisse un droit d'option à la victime qui garde la possibilité de faire valoir ses droits au titre de la responsabilité contractuelle¹⁴⁵. Il n'en demeure pas moins que le défaut du produit, cause du dommage causé à la victime, s'analyse comme un fait juridique, et que ce fait juridique est saisi par le droit de la responsabilité du fait des produits défectueux malgré l'existence d'un contrat entre le producteur et la victime du dommage causé par le défaut. Le législateur saisit en la matière le fait juridique, au sein de l'acte juridique qu'est le contrat qui peut exister entre victime et producteur¹⁴⁶, afin d'en tirer un droit à la réparation du dommage au profit de la victime. Dans ce domaine, comme dans celui des accidents de la circulation, le législateur atteint donc des faits juridiques même si les parties sont liées par un contrat.

268. Conclusion du paragraphe. L'appréhension de faits juridiques au sein des contrats est une réalité, mais son étude sous le vocable « essor »¹⁴⁷ permet la mise en évidence du caractère relativement récent de cette appréhension, ce mouvement datant, dans la loi, du milieu des années 1980¹⁴⁸. Ce terme, décrivant aussi bien « le succès d'une idée »¹⁴⁹ que son « développement rapide »¹⁵⁰ invite à prendre la mesure du développement constant de cette appréhension de faits juridiques au sein d'actes, dans un certain nombre de matières. Le droit

¹⁴⁴ Art. 1245 C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1386-1 C. civ.).

¹⁴⁵ Art. 1245-17 C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1386-18 C. civ.).

¹⁴⁶ Il paraît possible d'envisager que le producteur et la victime soient ou aient été liés par un contrat de vente portant sur le produit dont le défaut est à l'origine du dommage. Ce régime d'indemnisation de la victime ne l'empêche pas de se tourner vers les règles spécifiquement prévues par le droit de la vente (art. 1582 et s. C. civ.). Pour autant, il lui est également possible d'agir sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux.

¹⁴⁷ Le terme est emprunté d'abord à L. Jossierand : « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II : *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris : Sirey, 1934, p. 333-346, qui évoquait le terme essor pour évoquer le fait que les contrats sont « devenus plus nombreux » et que « leurs effets se sont multipliés » ; puis à M. Vasseur : « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », RTD Civ., 1964, p. 5, où l'auteur met en évidence la contractualisation du droit ; puis à M. Mekki : « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », Etude (2 parties), RDC, n°4-2006, p. 1051 et n°2-2007, p. 239, où l'auteur utilise le terme pour montrer que les clauses contractuelles tendent à s'affirmer différemment qu'en étant un simple élément du contrat. Ainsi, après que la doctrine ait constaté les essors des contrats, puis des clauses, il semble que l'époque soit désormais à l'essor de la prise en compte des faits au sein des actes juridiques.

¹⁴⁸ V. ainsi par ex. : la loi n°85-677 du 5 juill. 1985 relative aux accidents de la circulation ; l'ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence ; la loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux ; la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ; la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales en droit de la consommation.

¹⁴⁹ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V^o « essor », sens 3.

¹⁵⁰ *Idem*, sens 4.

de la responsabilité civile délictuelle est amené à saisir des faits juridiques jusqu'au sein de contrats. Plus récemment, d'autres faits juridiques ont pu avoir des conséquences non négligeables sur un contrat, comme en matière de contrat de travail, en période de procédure collective, ou en raison d'une atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence. Il est également possible de constater que le législateur réglemente un certain nombre de contrats, sans s'empêcher d'appréhender des faits juridiques qui sont mis en œuvre à l'occasion de ceux-ci. Le point commun de ces faits juridiques est un défaut d'accord de volontés, ce qui implique qu'ils restent en dehors du champ de l'acte juridique. L'acte juridique demeure à l'origine un fait juridique, mais est sorti de cette catégorie via l'expression de la volonté des parties en vue de produire des effets juridiques. Pourtant, cela ne doit pas signifier que l'ensemble des faits juridiques qui se sont produits avant, ou au moment de la conclusion de l'acte juridique en font nécessairement partie. De plus, cela n'empêche nullement un certain nombre de faits juridiques de se produire après la conclusion de l'acte juridique, au stade de l'exécution. C'est en ce sens que le législateur réserve un sort particulier à ces faits juridiques, en droit des pratiques anticoncurrentielles, en matière d'acte médical et dans les contrats de consommation. L'appréhension des faits juridiques au sein même des actes juridiques, et même sous l'apparence d'une clause, apparaît particulièrement aboutie en droit des pratiques anticoncurrentielles. Un raisonnement identique peut être observé s'agissant des contrats qui entrent dans le champ d'application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, soit les pratiques restrictives de concurrence. Ce Titre est l'exemple-type de la prévision par le législateur de contrats, en réservant la possibilité de saisir un certain nombre de pratiques, mises en œuvre à l'occasion de ces contrats, lors de la négociation, de la conclusion, de l'exécution de ceux-ci, et même jusqu'au moment de la rupture. En résumé, la pratique restrictive de concurrence mise en œuvre à l'occasion d'un contrat ne peut être qu'un fait juridique.

§2 : La pratique restrictive de concurrence à l'occasion d'un contrat comme un fait juridique.

269. L'essor de la pratique restrictive de concurrence à l'occasion d'un contrat. Le droit saisit des faits juridiques au sein des actes juridiques, et les exemples sont nombreux. Pour autant, le droit recèle une matière dont l'appréhension des faits juridiques au sein des actes juridiques est l'une des finalités principales, le droit des pratiques restrictives de

concurrence. Cette partie du droit de la concurrence¹⁵¹, qui s'applique sans nécessité de caractérisation d'une atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence sur un marché, participe pleinement de l'essor de l'appréhension de faits juridiques au sein d'actes juridiques. En effet, la structure même du Code de commerce, qui place ces pratiques restrictives de concurrence à la suite des règles relatives à la transparence est particulièrement originale en ce qu'elle intervient juste après un certain nombre de règles qui prévoient des obligations de conclure des contrats¹⁵². Il est à cet égard particulièrement intéressant de constater que la loi oblige à la conclusion d'une convention écrite entre le fournisseur et le distributeur, « dans le respect de l'article L. 442-6 »¹⁵³, soit dans le respect de la principale disposition des pratiques restrictives de concurrence. Le législateur qui prévoit le contrat se laisse ainsi la possibilité de sanctionner les pratiques restrictives de concurrence qui pourraient être mises en œuvre à l'occasion de la conclusion de celui-ci. Le raisonnement du législateur apparaît, dès lors, limpide, en ce que les pratiques restrictives de concurrence qu'il prévoit sont amenées à être mises en œuvre à l'occasion d'un contrat (A). Plus encore, le droit des pratiques restrictives de concurrence va jusqu'à sortir de l'acte juridique des stipulations qui mettent en œuvre ces pratiques, opérant une véritable requalification de certaines clauses contractuelles en pratiques restrictives de concurrence (B).

A. L'appréhension de faits juridiques à l'occasion d'un contrat par les pratiques restrictives de concurrence.

270. Annonce. Analyser les pratiques restrictives de concurrence comme permettant l'appréhension de faits juridiques à l'occasion d'un contrat implique de mettre en évidence le caractère de fait juridique de la pratique restrictive de concurrence (1), mais aussi d'analyser les différents faits juridiques qui sont appréhendés par ces pratiques restrictives de concurrence à l'occasion de contrats (2).

1. Le caractère de « mauvais fait juridique » de la pratique restrictive de concurrence.

271. La pratique restrictive de concurrence : un fait juridique. La qualification des pratiques restrictives de concurrence de fait juridique paraît aller de soi. Atteignant des

¹⁵¹ Les pratiques restrictives de concurrence font l'objet du Chapitre II du Titre IV du Livre IV du C. com. (art. L. 442-1 à L. 442-10 C. com.).

¹⁵² Ainsi, l'obligation de conclusion d'un contrat est prévue par l'art. L. 441-2-1 C. com., l'art. L. 441-3-1 C. com., par l'art. L. 441-8 C. com., et par l'art. L. 441-9 C. com., mais aussi et surtout par l'art. L. 441-7 C. com.

¹⁵³ Art. L. 441-7 C. com.

comportements¹⁵⁴, les pratiques restrictives de concurrence sanctionnent des pratiques commerciales qui peuvent être mises en œuvre à l'occasion d'un rapport contractuel passé, présent ou à venir, ou en dehors de tout rapport contractuel¹⁵⁵. La qualification de fait juridique ne pose guère de difficulté en l'absence de tout rapport contractuel¹⁵⁶, alors qu'elle peut être plus surprenante lorsque les parties ont établi leurs relations par un ou plusieurs contrats. Nombre des pratiques restrictives de concurrence ont vocation à atteindre des pratiques qui sont mis en place à l'occasion de contrats. Certains auteurs partent même du principe que les pratiques restrictives de concurrence sont limitées à l'appréhension de ces pratiques. Un auteur décrit ainsi les pratiques restrictives comme des « pratiques contractuelles abusives »¹⁵⁷, alors qu'un autre les inscrit nécessairement dans une « relation entre acteurs économiques »¹⁵⁸, que la matière « encadre de la négociation à la rupture du contrat »¹⁵⁹. Cette conception étroite du droit des pratiques restrictives de concurrence peut amener à un écueil qui conduit à considérer ces pratiques, nécessairement contractuelles, comme un élément du contrat, revêtant les caractéristiques de l'acte juridique. Ainsi, sous la plume d'un auteur, ces comportements s'inscrivent dans un « contexte contractuel inégalitaire »¹⁶⁰, où « le plus faible consent » à la pratique¹⁶¹. Ce consentement permettra à l'auteur de démontrer l'appréhension « privilégiée des pratiques restrictives de concurrence au titre de l'entente prohibée »¹⁶², via le « concours de volontés »¹⁶³. Un autre auteur estime que le terme « pratique » peut être remplacé par celui, synonyme, « d'acte », ce à quoi il est possible d'adhérer mais qui peut induire une confusion avec l'acte que constitue le contrat. Ce raisonnement doctrinal traduit la pensée selon laquelle la partie la plus faible à la relation contractuelle consent à la pratique qui est mise en œuvre à son détriment. Il aboutit à faire revêtir à la pratique restrictive de concurrence les habits de

¹⁵⁴ Cf. *Supra*, n°15.

¹⁵⁵ Cf. *Supra*, n°22.

¹⁵⁶ Ainsi, le droit des pratiques restrictives de concurrence sanctionne par ex. la revente à perte (art. L. 442-2 C. com.) ; la participation à la violation de l'interdiction de revente hors-réseau (art. L. 442-6, I, 6° C. com.) ; les annonces de prix hors des lieux de vente pour les fruits ou légumes frais ne respectant pas les dispositions de l'art. 441-2 C. com. (art. L. 442-6, I, 10° C. com.) ; la vente en occupant irrégulièrement le domaine public (art. L. 442-8 C. com.) ; ces pratiques restrictives de concurrence peuvent être mises en place en dehors de tout rapport contractuel.

¹⁵⁷ G. Mallen : *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence. Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, th. préf. L. Arcelin-Lécuyer, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014, spéc. n°6 et 16 bis.

¹⁵⁸ R.- M. Zang-Ndong : *Les pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, th. dactyl. dir. E. Blary-Clément, Université Lille II, 2014, p. 7, et p. 35, l'auteur estimant p. 8 que la matière englobe « les clauses contractuelles, et les comportements relevant de la relation ».

¹⁵⁹ *Idem*, p.7.

¹⁶⁰ G. Mallen : *op. cit.*, n°7.

¹⁶¹ *Idem*, n°8 et 9.

¹⁶² *Idem*, V. le titre de la seconde partie, n°359 et s.

¹⁶³ *Idem*, n°369 et s. et 463 et s.

l'acte juridique. Pourtant, il convient d'adopter une conception moins restrictive des pratiques restrictives de concurrence, qui trouvent à s'appliquer tant en présence d'un rapport contractuel qu'en dehors de tout contrat. Cette conception plus large permet de ne pas exclure un certain nombre de pratiques prévues par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce, mais aussi de prendre conscience de la nature de fait juridique de la pratique restrictive de concurrence. En tant que comportement, elle peut être mise en œuvre à l'occasion d'un contrat. Pour autant, il ne semble pas possible d'affirmer qu'elle puisse faire partie intégrante de l'acte juridique que constitue le contrat, puisqu'on ne peut établir un accord des volontés des parties en vue de la production d'un effet juridique à l'égard d'une telle pratique. La pratique restrictive demeure un fait, tant lorsqu'elle intervient en dehors de tout contrat qu'à l'occasion d'un contrat. Dans ce cas, il s'agit d'un fait juridique appréhendé par le droit à l'occasion d'un contrat. Le fait que le droit sanctionne montre une autre dimension des pratiques restrictives de concurrence, en ce qu'elles ne peuvent être que des faits juridiques sanctionnables, des mauvais faits juridiques.

272. La pratique restrictive de concurrence : un « mauvais » fait juridique. La nature de fait juridique de la pratique restrictive de concurrence ne fait désormais plus de doute, mais il faut encore relever que la pratique restrictive de concurrence est un fait juridique particulier, elle est toujours analysée comme un « mauvais » fait juridique. En droit civil, les faits juridiques sont classés en plusieurs catégories, les quasi-contrats, les quasi-délits et les délits. Au sein des quasi-contrats prévus par le Code civil¹⁶⁴, les faits juridiques que constituent la gestion d'affaires¹⁶⁵ ou le paiement de l'indu¹⁶⁶ ne sont pas vus comme des mauvais faits juridiques, mais davantage, selon la doctrine, comme des « faits juridiques licites »¹⁶⁷,

¹⁶⁴ L'enrichissement sans cause est un quasi-contrat dégagé par la jurisprudence (Cass. Req., 15 juin 1892, sur cet arrêt, v. : Y. Lequette, F. Terré, H. Capitant : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^{ème} éd., t. 2, Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 2008, n°239, p. 553-561), qui a été consacré par la réforme opérée par l'ord. n°2016-131, aux arts. 1303 et s. C. civ., dont le caractère de « fait juridique licite » n'apparaît pas aussi clairement, d'autant que la consécration législative l'a renommé « enrichissement injustifié », ce qui laisse peu de doute sur le caractère licite de ce fait juridique.

¹⁶⁵ Art. 1301 et s. C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1372 C. civ.).

¹⁶⁶ Art. 1302 et s. C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1376 C. civ., qui utilisait l'expression « répétition de l'indu »).

¹⁶⁷ Cette description des quasi-contrats comme des « faits juridiques licites » est relativement ancienne et unanime : C.- B.- M. Toullier : *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 4^{ème} éd., t. 11, Paris : Warée, 1828, n°18 ; *Adde*, sur cet auteur : F. Chénéde : « Charles Toullier : le quasi-contrat », RDC, n°1-2011, p. 305, n°5 ; A. Vigie : *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme des facultés de droit*, 2^{ème} éd., t. 2, Paris : Librairie Nouvelle droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1895, n°1770 ; G. Baudry-Lacantinerie, G. Chéneaux : *Précis de droit civil*, 11^{ème} éd., t. 2, Paris : Sirey, 1913, n°650-651 ; Y. Lequette, F. Terré, P. Simler : *Droit civil. Les obligations*, 11^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Précis, 2013, n°1029 *in fine* ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *Droit civil. Les obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2014, n°1361 où les auteurs évoquent « le comportement non répréhensible » à l'origine du quasi-contrat ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, coll. Droit civil, 2015, n°10 ; M. Fabre-Magnan : *Droit des obligations. 2 Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^{ème} éd., Paris : PUF, coll.

accomplis dans « intérêt de solidarité »¹⁶⁸, des « faits juridiques profitables »¹⁶⁹. La gestion d'affaires est un quasi-contrat qui intervient alors qu'une personne rend service à une autre personne. La répétition de l'indu est le quasi-contrat qui intervient pour réparer une erreur, le paiement non dû, ou fait à une personne qui n'est pas créancière. Ces faits juridiques ne peuvent être considérés comme sanctionnables, même s'ils nécessitent un rééquilibrage. Ils ne sont pas illicites, mais la loi leur attache des conséquences. Les faits juridiques licites ne sont pas limités aux quasi-contrats du Code civil, et le législateur a parfois prévu le développement de bonnes pratiques dans certains secteurs¹⁷⁰. Ces bonnes pratiques sont des faits juridiques licites, mais plus encore, des « bons » faits juridiques, c'est-à-dire que leur mise en œuvre est encouragée¹⁷¹, parfois jusqu'à la sanction¹⁷². Le législateur européen est, dans ce domaine, à l'avant-garde et encourage au développement de bonnes pratiques, par exemple dans le secteur des relations de distribution¹⁷³. Le pendant de cette catégorie des « bons » faits juridiques est

Thémis droit, 2013, n°1 ; P. Le Tourneau : Répertoire de Droit civil Dalloz, V° « Gestion d'affaires », 2014, n°3 ; A.- D. Fatôme : *apparence et contrat*, préf. G. Viney, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 414, 2004, n°609 ; V. toutefois, *contra* : M. Planiol : *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, 9^{ème} éd., t. 2, Paris : LGDJ, 1923, n°812 où l'auteur opte pour une qualification des quasi-contrats comme des « faits illicites involontaires ».

¹⁶⁸ R. Demogue : *Traité des obligations en général*, t. 3 : Source des obligations, Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1923, n°3, l'auteur précisant ensuite « qu'il ne faudra pas qualifier le quasi-contrat d'acte illicite car la loi le consacre comme utile à l'intérêt général ».

¹⁶⁹ J. Carbonnier : *Droit civil*, t. 4 : *Les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Thémis Droit privé, 2000, n°1114, 1213.

¹⁷⁰ Cf. *Supra*, n°13 et s. où sont donnés des exemples de bonnes pratiques que le législateur encourage dans le domaine rural, dans le domaine de la propriété intellectuelle, dans le domaine de la santé ou dans le domaine environnemental.

¹⁷¹ Parfois même, jusqu'à être rendue obligatoire, v. par ex. : art. L. 114-1 C. rural et de la pêche maritime ; art. L. 5438-1, 3° C. santé publique.

¹⁷² V. par ex. : art. L. 253-16, 2° C. rural et de la pêche maritime, dans le domaine de la protection des végétaux, pour l'utilisation de produits phytopharmaceutiques ; art. L. 5421-1 C. santé publique, dans le domaine des médicaments ; art. L. 5434-1 C. santé publique, dans le domaine de la fabrication de médicaments ; art. L1337-6 C. santé publique, dans le domaine nucléaire ; art. L. 5125-1-1-1 C. santé publique, dans le domaine des préparations réalisées en officine de pharmacie.

¹⁷³ V. par ex. (précités) : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une chaîne d'approvisionnement plus performante en Europe, oct. 2009, COM (2009) 591 final, point 3 ; Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Exercice de surveillance du commerce et de la distribution « Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020 », juil. 2010, COM (2010) 355 final, point 4 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réexamen du « Small Business Act » pour l'Europe, fév. 2011, COM(2011) 78 final, point 3.3.1 (exposition des PME à des clauses et pratiques contractuelles abusives et pratiques commerciales déloyales), v. aussi : annexe à la Communication ; Rapport du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable (2010/2109 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, juin 2011, considérants 10, 26 à 42, et exposé des motifs, partie V ; v. aussi : l'encouragement de bonnes pratiques : considérant 37, 43 à 49 concernant les « pratiques innovantes », et exposé des motifs, partie VI ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, l'acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « ensemble pour une nouvelle croissance », juil. 2011, COM (2011) 206 final, not. point 2 ; v., entièrement consacré à la question : Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, janv. 2013, COM (2013) 37 final ; Communication de la commission au Parlement

une catégorie regroupant les « mauvais » faits juridiques, c'est-à-dire les « faits juridiques illicites »¹⁷⁴. Parmi ceux-ci, se trouvent les faits juridiques qui conduisent à la mise en œuvre de la responsabilité civile¹⁷⁵, qui ne sont pas tous consignés dans le Code civil, mais dont certains se trouvent à l'extérieur de ce Code, comme par exemple l'engagement de la responsabilité du professionnel lors d'une action de groupe fondée sur le Code de la consommation¹⁷⁶, l'engagement de la responsabilité du contrefacteur en droit de la propriété intellectuelle¹⁷⁷, ou encore l'engagement de la responsabilité d'un individu pour certaines¹⁷⁸ pratiques restrictives de concurrence¹⁷⁹. Les pratiques restrictives de concurrence appartiennent dès lors à la catégorie des « mauvais » faits juridiques, des faits juridiques illicites, qui engagent la responsabilité civile, ou/et parfois pénale, de leur auteur. Il s'agit de la particularité de cette matière que de ne prévoir que des mauvaises pratiques pour les sanctionner, et d'aboutir à une liste de mauvais faits juridiques. L'appréhension de ces mauvais faits juridiques ne cesse pas en présence d'un contrat, de sorte que les pratiques restrictives de concurrence permettent l'appréhension de faits juridiques à l'occasion de contrats.

2. L'appréhension de faits juridiques à l'occasion de contrats par les pratiques restrictives de concurrence.

273. Pratiques restrictives de concurrence à l'occasion d'un contrat. Les pratiques restrictives de concurrence qui engagent la responsabilité civile de leur auteur peuvent être vues comme la matière qui incarne le mieux l'essor de la prise en compte des faits juridiques à l'occasion d'actes juridiques. Nombre de pratiques sont en effet prévues pour appréhender des

européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises, 15 juil. 2014, COM (2014) 472 final, not. n°1 : la présente communication « encourage les acteurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire à participer à des dispositifs volontaires visant à promouvoir les bonnes pratiques et à réduire les pratiques commerciales déloyales » ; *Adde* la « Supply Chain Initiative », mise en place pour promouvoir les bonnes pratiques dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, et dont il est question dans le Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire du 29 janv. 2016, COM (2016) 32 final.

¹⁷⁴ C.- B.- M. Toullier : *op. cit., loc. cit.* ; A. Vigier : *op. cit., loc. cit.* ; G. Baudry-Lacantinerie, G. Chéneaux : *op. cit., loc. cit.* ; Y. Lequette, F. Terré, P. Simler : *op. cit., loc. cit.* ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *op. cit., loc. cit.* ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit., loc. cit.* ; M. Fabre-Magnan : *op. cit., loc. cit.* ; A. – D. Fatôme : *op. cit., loc. cit.*

¹⁷⁵ Art. 1240 et s. C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1382 et s. C. civ.).

¹⁷⁶ Art. L. 623-1 et s. C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 423-1 et s. C. conso.).

¹⁷⁷ Art. L. 521-1 C. propriété intellectuelle en matière de dessins et modèles ; art. L. 615-1 C. propriété intellectuelle en matière de brevet ; art. L. 716-1 C. propriété intellectuelle en matière de marques ;

¹⁷⁸ Certaines pratiques restrictives de concurrence sont sanctionnées par l'engagement de la responsabilité civile de leur auteur, alors que d'autres, en demeurant des faits juridiques illicites, sont pénalement sanctionnées, comme la revente à perte (art. L. 442-2 C. com.) ; l'imposition d'un prix minimal de revente (art. L. 442-5 C. com.) ; la vente sur le domaine public sans autorisation (art. L. 442-8 C. com.).

¹⁷⁹ Art. L. 442-6, I C. com. ; art. L. 442-9 C. com. ; art. L. 442-10 C. com.

faits juridiques mis en œuvre à l'occasion de contrats, soit tout au long du processus contractuel, lors de la négociation, de la conclusion, de l'exécution et même du terme du contrat.

274. Pratiques restrictives de concurrence à l'occasion de la négociation et de la conclusion d'un contrat. Le législateur invite les fournisseurs et les distributeurs à respecter l'article L. 442-6 du Code de commerce lors de la conclusion de la convention écrite annuelle qu'il prévoit à l'article L. 441-7 du même Code¹⁸⁰. Il apparaît en effet, à la lecture de l'article L. 442-6 du Code de commerce, qu'un certain nombre de pratiques restrictives de concurrence peuvent être mises en œuvre lors de la négociation ou de la conclusion d'un contrat. Il convient de noter que le texte prend soin d'étendre son champ d'application à la période des négociations en sanctionnant d'une part la tentative de soumission à l'une des pratiques restrictives de concurrence¹⁸¹, mais aussi en sanctionnant d'autre part l'obtention de conditions manifestement abusives sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales¹⁸², ainsi que l'obtention d'un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans s'engager sur un volume d'achat¹⁸³. Ces faits pouvaient en effet constituer des arguments ou des demandes des futures parties dans la négociation qui aboutira à la conclusion d'un contrat. De même, lors de la négociation, la communication des conditions générales de vente est obligatoire¹⁸⁴ et leur non-communication constitue une pratique restrictive de concurrence¹⁸⁵. Les dispositions sanctionnant les pratiques restrictives de concurrence s'appliquent ensuite au moment de la conclusion du contrat, moment auquel une des parties peut obtenir un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu¹⁸⁶, peut soumettre son partenaire à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁸⁷, peut obtenir des conditions manifestement abusives sur les prix, les délais de paiement, les modalités de

¹⁸⁰ Art. L. 441-7 C. com. : « I. Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale ».

¹⁸¹ Sont ainsi sanctionnées les tentatives d'obtention d'un avantage ne correspondant à aucun service commercial (art. L. 442-6, I, 1° C. com.), de soumission à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (art. L. 442-6, I, 2° C. com.), d'obtention d'un avantage préalablement à la passation de commandes sans engagement d'achat (art. L. 442-6, I, 3° C. com.), d'obtention de conditions manifestement abusives sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales (art. L. 442-6, I, 4° C. com.).

¹⁸² Art. L. 442-6, I, 4° C. com.

¹⁸³ Art. L. 442-6, I, 3° C. com.

¹⁸⁴ Art. L. 441-6, I C. com., le texte précisant que « les conditions générales de vente constituent le socle unique de la négociation commerciale » (al. 3).

¹⁸⁵ Art. L. 442-6, I, 9° C. com.

¹⁸⁶ Art. L. 442-6, I, 1° C. com.

¹⁸⁷ Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat ou de vente¹⁸⁸. Aussi, peut constituer une pratique restrictive de concurrence le fait de conclure un contrat au moyen d'enchères inversées à distance, en méconnaissant les règles de l'article L. 442-10 du Code de commerce¹⁸⁹. S'agissant de la pratique de soumission à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, la jurisprudence considère qu'il convient de prendre en considération le contexte dans lequel le contrat a été conclu afin de déterminer le déséquilibre¹⁹⁰. La période de négociation et le moment de la conclusion du contrat apparaît ainsi comme un moment à l'occasion duquel peuvent être mises en place des pratiques restrictives de concurrence. Leur appréhension par la loi permet de saisir des comportements adoptés pendant la négociation, même consacrés par le contrat, c'est-à-dire des faits juridiques, afin d'obliger l'auteur de ladite pratique à indemniser la victime. Le texte va au-delà de cette période de création des relations contractuelles, et sanctionne également des pratiques restrictives de concurrence lors de l'exécution du contrat.

275. Pratiques restrictives de concurrence à l'occasion de l'exécution d'un contrat.

Les pratiques restrictives de concurrence qui engagent la responsabilité civile de leur auteur sont parfois mises en œuvre à l'occasion de l'exécution d'un contrat. Dans cette optique, sont sanctionnées les pratiques qui consistent, en cours de contrat, à obtenir ou tenter d'obtenir un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu¹⁹¹, la soumission à un déséquilibre significatif¹⁹², l'obtention sous menace de rupture brutale des relations commerciales de conditions manifestement abusives¹⁹³. Ces pratiques, déjà sanctionnées lors de la négociation ou de la conclusion du contrat peuvent également être mises en place au stade de l'exécution de celui-ci. Pour autant, la loi prévoit également un certain nombre de pratiques, spécifiquement à l'occasion de l'exécution d'un contrat. Ainsi, sont sanctionnées les pratiques de refus de marchandises, de retour de marchandises ou de déduction d'office de pénalités pour non-

¹⁸⁸ Art. L. 442-6, I, 4° C. com.

¹⁸⁹ Art. L. 442-10, IV C. com.

¹⁹⁰ Cass. com., 5 mars 2015 (deux arrêts), n°13-27.525, Bull. civ., IV, n°42, où la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui a « apprécié le contexte dans lequel le contrat était conclu ou proposé à la négociation », et n°14-10.907, où la Cour de cassation approuve pareillement la Cour d'appel qui énonce que « l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu » ; L'essentiel de droit des contrats, n°4-2015, p. 1, note N. Leblond ; JCP, E, 2015, 1207, note sous arr. S. Le Gac-Pech ; D. 2015, p. 1021, note sous arr. F. Buy ; CCC, 2015, comm. 115, note sous arr. N. Mathey ; AJCA, 2015, p. 218, note G. Chantepie ; RDC, n°3-2015, p. 523, note sous arr. M. Béhar-Touchais ; RTD Com., 2015, p. 486, note M. Chagny.

¹⁹¹ Art. L. 442-6, I, 1° C. com.

¹⁹² Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

¹⁹³ Art. L. 442-6, I, 4° C. com.

respect des délais de livraison ou non-conformité de la marchandise, si le fournisseur ne peut contrôler le grief¹⁹⁴, mais aussi les pratiques consistant à refuser la mention sur l'étiquette d'un produit vendu sous marque de distributeur, du nom du fournisseur¹⁹⁵, ou encore la pratique qui consiste à passer ou à régler une commande à un prix différent du prix convenu en application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente¹⁹⁶. S'ajoute la pratique, en situation de crise conjoncturelle, de prix de cession abusivement bas pour certains produits agricoles périssables, ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou des produits de la pêche et de l'aquaculture¹⁹⁷, ainsi que la pratique qui consiste, pour ces mêmes produits, en situation de forte hausse du cours des matières premières agricoles, à pratiquer des prix de cession abusivement bas¹⁹⁸. La période d'exécution du contrat apparaît comme une période au cours de laquelle peuvent être sanctionnées un nombre important de pratiques restrictives de concurrence. Malgré la présence de ce contrat, il s'agit de l'appréhension d'un fait juridique, le fait d'adopter l'un des comportements répréhensibles, qui est sanctionné par la responsabilité civile de l'auteur de ce comportement, ce qui peut conduire celui qui observe le comportement à indemniser celui au détriment duquel il est observé, malgré le fait qu'ils soient partenaires contractuels. Les pratiques restrictives de concurrence interviennent également au moment de la rupture d'un contrat, dans l'analyse des circonstances de cette rupture.

276. Pratiques restrictives de concurrence à l'occasion du terme d'un contrat. A l'occasion de la rupture du contrat, est sanctionnée la pratique qui consiste à rompre la relation commerciale, basée sur un contrat, de manière brutale¹⁹⁹. Le droit des pratiques restrictives de concurrence a, via la sanction de cette pratique, conduit à encadrer strictement les conditions de la rupture des contrats qui peuvent lier les producteurs, industriels, commerçants et artisans avec leurs partenaires commerciaux. Cette rupture est encadrée par un préavis écrit, qui prend en compte la durée des relations. Le texte prévoit par ailleurs la fixation d'un délai minimal par des accords interprofessionnels. Il s'agit de l'unique disposition du droit des pratiques restrictives de concurrence qui semble plaider en faveur du développement de bonnes pratiques, via la fixation de délais selon les branches d'activités, en ce que le respect de ces délais doit permettre à l'auteur de la rupture d'être certain de ne pas mettre en œuvre une

¹⁹⁴ Art. L. 442-6, I, 8° C. com.

¹⁹⁵ Art. L. 442-6, I, 10° C. com.

¹⁹⁶ Art. L. 442-6, I, 12° C. com.

¹⁹⁷ Art. L. 442-9, al. 1. C. com.

¹⁹⁸ Art. L. 442-9, al. 2. C. com.

¹⁹⁹ Art. L. 442-6, I, 5° C. com.

pratique restrictive de concurrence. La vision de la rupture d'un contrat comme un fait juridique pouvant engager la responsabilité de l'auteur de cette rupture au titre des pratiques restrictives de concurrence a eu des conséquences sur le terme d'un certain nombre de contrats. Cette pratique sanctionne le comportement qui consiste à mettre brutalement fin à une relation contractuelle commerciale, ce qui démontre l'attention de la matière pour l'ensemble des étapes du contrat, jusqu'aux circonstances de sa rupture.

277. Pratiques restrictives de concurrence à l'occasion d'un contrat et pratiques restrictives de concurrence à l'intérieur du contrat. Les pratiques restrictives de concurrence qui engagent la responsabilité civile de leur auteur apparaissent majoritairement conçues pour sanctionner des faits juridiques qui se produisent à l'occasion de contrats. A ce titre, le droit des pratiques restrictives de concurrence participe pleinement de l'essor de la prise en compte du fait juridique à l'intérieur de l'acte juridique. Mais, la matière va au-delà même de ces comportements, et appréhende, au titre des pratiques restrictives de concurrence, des clauses de ces contrats. Un certain nombre de clauses peuvent recevoir la qualification de pratique restrictive de concurrence, mais cette réception ne se réalise que par une requalification de la clause en pratique restrictive de concurrence.

B. La requalification de clauses contractuelles en pratiques restrictives de concurrence.

278. Les clauses contractuelles saisies par le droit des pratiques restrictives de concurrence. Il est possible d'analyser deux logiques différentes au sein du droit des pratiques restrictives de concurrence. Ces logiques apparaissent clairement dans la division de l'article L. 442-6 du Code de commerce, texte dans lequel une première partie sanctionne des faits juridiques, et une deuxième partie sanctionne des clauses ou des contrats, par la nullité. Dans une première série de règles, qui se trouvent notamment dans l'article L. 442-6, I du Code de commerce, le droit des pratiques restrictives de concurrence sanctionne des faits juridiques, même si ceux-ci peuvent se produire à l'occasion de contrats²⁰⁰. Dans une deuxième série de règles, ce droit interdit un certain nombre de clauses contractuelles, à l'instar de ce que peut faire le droit commun, et les sanctionne par la nullité. Ces règles se trouvent notamment au sein de l'article L. 442-6, II du Code de commerce²⁰¹, même s'il est possible d'en relever dans

²⁰⁰ Cf. *Supra*, n°273 et s.

²⁰¹ Ce texte prévoit que « sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité (a) de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ; (b) d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ; (c) d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ; (d) de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables

d'autres dispositions, comme par exemple l'interdiction des clauses contractuelles qui méconnaissent les règles relatives aux délais de paiement²⁰². Cette logique apparaît, de prime abord, séduisante, les clauses relevant de l'acte juridique sont sanctionnées par une nullité, et les pratiques relevant des faits juridiques sont sanctionnées par la mise en jeu de la responsabilité de leur auteur. Mais, cette double logique du droit des pratiques restrictives de concurrence montre rapidement ses limites puisque des clauses contractuelles peuvent être sanctionnées par la première série de règles, pourtant *a priori* vouée à la sanction de faits juridiques. Il s'agit d'une particularité du droit des pratiques restrictives de concurrence, qui est amené à saisir, au sein de faits juridiques, des clauses contractuelles.

279. Les clauses contractuelles saisies par le droit des pratiques restrictives de concurrence à l'occasion de la sanction de faits juridiques. Le droit des pratiques restrictives de concurrence est amené à saisir des faits juridiques qui se produisent à l'occasion de contrats, dans le but de les sanctionner par la responsabilité civile. Dans le cadre de cette entreprise, la matière atteint des clauses contractuelles. Il ne fait pas de doute que la pratique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties conduite à l'analyse d'un certain nombre de clauses de contrats²⁰³. Il en va de même, dans une moindre mesure, ces

consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ; (e) d'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence post-contractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans ».

²⁰² Art. L. 441-6, VI, *in fine* C. com. Ce texte qui sanctionne « les clauses et les pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement mentionnés au présent article » a été créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (art. 123), mais il apparaît plutôt qu'il s'agisse d'un déplacement puisqu'une disposition similaire existait à l'article L. 442-6, I, 7°, qui a été abrogée par cette même loi. Cette pratique restrictive de concurrence est désormais sanctionnée par une amende administrative au titre des dispositions du Code de commerce relatives à la transparence. Ce texte se trouve en réalité être l'un des textes de la matière qui sanctionne à la fois des clauses et des pratiques, de manière expresse, et à ce titre, se trouve difficile à classer dans l'une ou l'autre des catégories.

²⁰³ Cf. *Supra*, n°228 et s. ; et les ex. précités concernant une clause d'obligation d'intervention à l'instance (T. com. Paris, 20 mai 2014, n°2013-070793), une clause relative à des ristournes (T. com. Lille, 6 janv. 2010, n°2009-05184), une clause d'organisation de la livraison (CA Bordeaux, 2^{ème} ch. civ., 21 nov. 2011, n°10/02746), une clause de pénalités (T. com. Créteil, 13 déc. 2011, n°02009F01017), une clause de retours d'invendus (T. com. Meaux, 24 janv. 2012, n°2009/02296, et CA Paris, 4 juill. 2013, n°12/07651), et des clauses relatives aux délais de paiement (T. com. Lille, 6 janv. 2010 précité ; T. com. Lille, 7 sept. 2011, n°2009/05105, et sur la même aff. CA Paris, 11 sept. 2013, n°11/17941 ; T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n°2009/02295 ; T. com. Créteil, 13 déc. 2011, n°2009F01018) ; Sur l'ensemble de ces ex., v. : J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », CCC, 2013, étude 14 ; M. Chagny : « l'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », RTD Com., 2013, p. 500 ; R. Rue, N. Contis : « Cinq ans de jurisprudence sur la notion de « déséquilibre significatif ». Bilan et perspectives », JCP, G, 2014, 323 ; N. Lajnef : « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », RLC, 4-2014, n°39, p. 171-177 ; V. aussi, pour des clauses de services et de révision tarifaire, Cass. com., 5 mars 2015, n°13-27.525, précité.

dispositions semblant être moins invoquées²⁰⁴, pour la pratique d'obtention de conditions manifestement abusives après une menace de rupture brutale des relations commerciales²⁰⁵, ainsi que pour la pratique qui consiste à obtenir un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu²⁰⁶. Parfois, des pratiques sont sanctionnées au titre des règles relatives à la transparence, non pas par la responsabilité de leur auteur, mais par une amende administrative, alors même qu'elles peuvent consister en la stipulation²⁰⁷, voire en la non-stipulation de clauses contractuelles²⁰⁸. S'agissant des délais de paiement, une directive prévoit pourtant l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur d'une telle clause²⁰⁹, de sorte qu'il n'est pas certain que la seule sanction de ces clauses en droit interne par une amende administrative soit parfaitement conforme à cette directive²¹⁰. Face à cette « police des clauses

²⁰⁴ Il est possible de mesurer l'usage fait par les parties des différentes dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence à l'aide des Bilans des décisions judiciaires civiles et pénales, publiés chaque année sous la dir. de D. Ferrier, par la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, sur l'application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce. Ainsi, sur quatre années, entre 2010 et 2013, le déséquilibre significatif a fait l'objet de 61 décisions, alors que l'obtention des conditions manifestement abusives sous menace de rupture faisait l'objet de 16 décisions, et que l'obtention d'un avantage sans contrepartie faisait l'objet de 23 décisions.

²⁰⁵ V. par ex., dans des affaires où la pratique n'a pu être caractérisée mais où la critique portait sur des stipulations intégrées dans le contrat de manière unilatérale, CA Aix-en-Provence, 1^{er} juill. 2010, n°10/03027, et CA Versailles, 18 nov. 2010, n°09/05695 ; Sur cette pratique, v. S. Petit : « Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une brusque rupture des relations commerciales », D. 2010, p. 1813. La sanction de la pratique semble pouvoir atteindre des clauses, mais cette atteinte paraît être théorique, en raison de l'absence de décisions sanctionnant des clauses contractuelles.

²⁰⁶ V. par ex. : CA Paris, pôle 5, ch. 5, 2 fév. 2012, n°09/22350, où les contrats de partenariats prévoyaient des rémunérations manifestement disproportionnées au service rendu, ou ne correspondaient à aucun service effectivement rendu (la Cour annulant les clauses de fixation de la rémunération dans ces contrats), RLC, 7-2012, n°32, p. 28-31, note J.- C. Grall et P. Tourret.

²⁰⁷ V. en matière de délais de paiement, art. L. 441-6, VI *in fine*, précité, pour la pratique qui consiste à stipuler des clauses « ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement ».

²⁰⁸ V. pour la pratique qui sanctionne par une amende administrative la non-stipulation d'une clause, art. L. 441-8 C. com. Le texte prévoit en substance que les contrats d'une durée supérieure à trois mois portant sur la vente certains produits agricoles, périssables ou issus de cycles courts de productions, pour les animaux vifs ou les carcasses et pour les produits de la pêche, doivent contenir une « clause relative aux modalités de renégociation du prix », qui permette de prendre en compte les fluctuations de prix des matières premières agricoles et alimentaires, à la hausse ou à la baisse. Puis, il sanctionne (al. 4) par une amende administrative, le « fait de ne pas prévoir de clause de renégociation conforme aux deux premiers alinéas », ou de ne pas exécuter cette clause selon les dispositions du texte.

²⁰⁹ V. Directive 2011/7/UE du 16 fév. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, art. 7 : « Les états membres prévoient qu'une clause contractuelle ou une pratique relative à la date ou au délai de paiement, au taux d'intérêt pour retard de paiement ou à l'indemnisation pour les frais de recouvrement, ne soit pas applicable, ou donne lieu à une action en réparation du dommage lorsqu'elle constitue un abus manifeste à l'égard du créancier ».

²¹⁰ Même s'il est possible de voir dans la pratique du déséquilibre significatif un moyen d'agir en responsabilité en matière de délais de paiement ; Sur ce point de la conformité du droit français à la directive, v. : D. Voinot : « Délais de paiement : nouvelles règles européennes, nouvelles contraintes nationales ? L'évolution du droit français, in Colloque : *Un recouvrement de créances sans frontières*, Lille, 2012, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2013, p. 185-194, spéc. p. 191 ; D. Voinot : *Clauses abusives et retard de paiement : où en est la transposition de la directive 2011/7/UE ?*, in Journée d'études, 16 déc. 2014, Courtrai, *Les clauses abusives entre professionnels*, 2015.

contractuelles »²¹¹ opérée par le droit des pratiques restrictives de concurrence, se pose la question du raisonnement qui permet, via la sanction d'un fait juridique illicite, d'atteindre une partie d'un acte juridique, incarnée par la clause, d'autant que l'acte juridique, auquel la clause aura été soustraite, demeure *a priori* licite. En d'autres termes, la question est celle de savoir comment la responsabilité civile délictuelle d'un contractant peut se trouver engagée pour une faute qui réside dans la stipulation d'une clause contractuelle.

280. La requalification en faits juridiques des clauses contractuelles saisies par le droit des pratiques restrictives de concurrence à l'occasion de la sanction de faits juridiques. En matière de soumission à un déséquilibre significatif, dans le domaine des stipulations relatives aux délais de paiement qui constituent un abus manifeste à l'égard du créancier, mais aussi en matière d'obtention de conditions commerciales manifestement abusives sous la menace d'une rupture brutale, et d'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au service effectivement rendu, des clauses contractuelles sont atteintes au titre de la pratique restrictive de concurrence, elle-même sanctionnée. Il paraît possible d'expliquer cette sanction de clauses contractuelles par la théorie de l'accessoire, selon laquelle *accessorium sequitur principale*²¹². En matière d'actes de commerce, la théorie de l'accessoire permet de qualifier un acte civil par nature d'acte de commerce en raison du fait qu'il est accompli par un commerçant, dans le cadre d'une activité commerciale²¹³. Ainsi par exemple, le commerçant qui se procure une caisse enregistreuse pour équiper son commerce accomplit un acte civil par nature, mais qui sera qualifié d'acte de commerce. La théorie de l'accessoire se retrouve également en droit des biens, la propriété d'une chose entraînant celle de ce qui y est accessoire²¹⁴, ou encore en droit des libéralités, où « la chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires »²¹⁵. Bien connue du droit, la théorie de l'accessoire pourrait expliquer pourquoi une clause contractuelle suit le sort réservée à une pratique restrictive de concurrence, en tant qu'accessoire à cette pratique, la logique commandant qu'elle suive le sort du principal, la pratique. Dans ce cas, la pratique serait vue comme un fait ou un ensemble de faits juridiques, plus large que la clause qui en constituerait un accessoire,

²¹¹ Pour reprendre l'expression de M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, précité, n°323, 354 et s. où l'auteur montre que les dispositions des pratiques restrictives de concurrence « intéressent le choix des stipulations », même si son raisonnement porte sur ce point davantage sur les stipulations qui peuvent être atteintes par le droit des pratiques anticoncurrentielles (n°385).

²¹² « L'accessoire suit le principal ».

²¹³ Sur cette théorie, V. par ex. F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément : *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 11^{ème} éd., Paris : Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2015 n°43 et s.

²¹⁴ Art. 546 C. civ.

²¹⁵ Art. 1018 C. civ.

une partie émergée. Néanmoins, le raisonnement vient rapidement buter contre une réalité du droit des pratiques restrictives de concurrence, qui prévoit des pratiques qui consistent en la stipulation de clauses. Les pratiques sanctionnées ne peuvent donc être considérées comme plus larges que la clause. Dans le déséquilibre significatif, dans les dispositions relatives aux délais de paiement, la stipulation d'une clause aboutit à la mise en œuvre de la pratique, et justifie une sanction de cette pratique. Il en résulte que le principal et l'accessoire semblent se confondre, de sorte que l'adaptation de cette théorie risque de poser des difficultés de définition de ce qui est accessoire et de ce qui est principal.

L'autre manière d'expliquer la sanction de clauses contractuelles par certaines pratiques restrictives de concurrence, pourtant vouées à la sanction de pratiques, et partant, de faits juridiques, est une requalification de clauses contractuelles en pratiques restrictives de concurrence. Cette requalification part d'une clause contractuelle, qui a revêtu les caractères de l'acte juridique, c'est-à-dire qu'elle a pour source l'expression d'une volonté destinée à produire des effets de droit, pour la requalifier en fait juridique, fait qui sera sanctionné par le droit des pratiques restrictives de concurrence. La qualification contractuelle donnée par les parties n'empêche pas le droit des pratiques restrictives de concurrence de requalifier ce qui est une partie de l'acte juridique en un fait juridique. En d'autres termes, l'apparence d'acte juridique n'empêche pas la loi d'imposer une qualification de fait juridique. Cette requalification revient à « rétrograder » dans la catégorie des faits juridiques une clause d'un acte juridique qui était sortie de cette catégorie lors de la conclusion du contrat. La finalité de la requalification est de permettre, au titre de fait juridique, la sanction de la clause en tant que pratique. Les clauses contractuelles peuvent donc être requalifiées en faits juridiques, et plus précisément en pratiques restrictives de concurrence, ce qui impliquera un point de transition entre les catégories que constituent l'acte et le fait juridique.

281. Conclusion de la section. Le début du raisonnement qui conduisait à penser que la place du fait juridique dans l'acte juridique est nécessairement limitée, les « deux catégories s'excluant mutuellement »²¹⁶, laisse place au constat d'un véritable essor de la prise en compte du fait juridique dans l'acte juridique. Cet essor peut être analysé tant en droit commun que dans certains droits spéciaux, et confirme que la conclusion d'un acte juridique n'empêche pas les faits juridiques de se produire, même entre les parties à l'acte. L'essor prend tout son sens en droit des pratiques restrictives de concurrence, matière qui saisit des faits juridiques dans des relations commerciales, dont la majorité repose sur un ou plusieurs actes juridiques, mais

²¹⁶ M.- L. Izorche : *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, précité, n°298.

qui saisit également des clauses contractuelles au sein de ces contrats, en les requalifiant en pratique restrictive de concurrence, dans le but de les sanctionner comme les autres pratiques prévues par cette matière. Le fait juridique est ainsi possible, même au sein de l'acte juridique, peut être illicite et sanctionné au titre des pratiques restrictives de concurrence. Néanmoins, la requalification de clauses en pratiques restrictives de concurrence nécessite de se poser la question du passage de la clause contractuelle de l'acte juridique au fait juridique.

SECTION 2 : LE PASSAGE DE L'ACTE JURIDIQUE AU FAIT JURIDIQUE.

282. Qualification de fait juridique d'une clause contractuelle et moment de son passage de l'acte au fait juridique. Aboutissant à la qualification de clauses contractuelles en faits juridiques, le droit des pratiques restrictives de concurrence pose la question du moment à partir duquel il faut considérer la clause non plus comme une partie de l'acte juridique, mais comme un fait juridique, ainsi que la conséquence sur l'acte juridique dans son ensemble. L'analyse des clauses qui peuvent être qualifiées de pratiques restrictives de concurrence conduit à opérer une distinction entre les clauses qui doivent être requalifiées car elles ne sont, dès la conclusion, jamais entrées dans l'acte juridique que constitue le contrat (§1), et les clauses qui doivent être requalifiées car elles sont devenues des pratiques restrictives de concurrence en cours d'exécution du contrat (§2).

§1 : La requalification d'une clause en pratique restrictive de concurrence lors de la conclusion du contrat.

283. La clause a « toujours été » une pratique restrictive de concurrence. Une clause peut toujours avoir été une pratique restrictive de concurrence, même si la sanction de cette pratique intervient durant l'exécution du contrat, voire lors de sa rupture. Pour la clause, recevoir cette qualification de pratique restrictive de concurrence dès l'origine implique de la considérer comme un fait juridique qui n'a pas reçu la qualification d'acte juridique (A), et a des effets sur l'acte juridique (B).

A. La pratique restrictive de concurrence sous l'apparence d'une clause contractuelle.

284. L'indifférence de l'apparence ou de la qualification donnée par les parties. Lorsqu'il procède à l'analyse de pratiques, le droit des pratiques restrictives de concurrence est indifférent à l'apparence que peut avoir la pratique. L'apparence désigne « ce qui, dans une situation juridique, peut être connu sans recherches approfondies, et qui ne correspond pas

nécessairement à la réalité »²¹⁷, ou plus simplement selon un auteur, une « situation trompeuse »²¹⁸, et selon un autre, une « croyance légitime trompée »²¹⁹. Le rôle de l'apparence a été mis en évidence en matière contractuelle par la doctrine²²⁰, pour donner au contrat toute son efficacité ou venir la renforcer²²¹, et afin d'en tirer des obligations à la charge de celui qui a créé la situation d'apparence et des droits au profit de celui qui s'est, de bonne foi, laissé tromper par la situation²²². Un exemple est celui du mandat apparent²²³, cas dans lequel le contrat passé au-delà du mandat ou sans mandat sera créateur d'obligations, c'est-à-dire engagera le mandant comme si le mandataire avait agi en vertu d'un mandat ou dans les limites de celui-ci²²⁴, alors même que la loi prévoyait son inefficacité²²⁵. En matière contractuelle, l'apparence permet souvent la déduction d'obligations contractuelles d'un fait juridique. Le mécanisme demeure classique en ce que, comme dans l'ensemble des actes juridiques, le fait juridique est alors à la source²²⁶ d'un acte juridique. La question qui demeure est celle de savoir si l'acte juridique ne peut pas être une situation trompeuse, qui cache un fait juridique.

Il semble qu'il soit en effet possible d'étendre l'apparence à des faits juridiques qui ont reçu indûment la qualification d'acte juridique, en étant par exemple inclus dans des clauses. Le fait que des pratiques restrictives de concurrence soient incluses dans des clauses contractuelles doit alors être considéré comme une situation trompeuse, ayant pour conséquence une requalification de la clause en pratique restrictive de concurrence. L'apparence de clause contractuelle d'une pratique restrictive de concurrence n'est pas de nature à empêcher le droit des pratiques restrictives de concurrence de la sanctionner. Il est

²¹⁷ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, v° « apparence », sens 2.

²¹⁸ J. Calais-Auloy : *L'apparence en droit commercial*, th. Montpellier, 1959, n°5.

²¹⁹ A.- D. Fatôme : *Apparence et contrat*, th. précitée, n°22.

²²⁰ J. Calais-Auloy : *op. cit.*, n°9 et s.

²²¹ A.- D. Fatôme : *op. cit.*, n°4, sur l'efficacité elle-même d'un contrat qui, sans l'apparence, ne pouvait en avoir, v. n°35 et s. ; et sur le renforcement de cette efficacité, v. n°372 et s.

²²² J. Calais-Auloy : *op. cit.*, v. l'ensemble des situations étudiées par l'auteur, le mandat apparent (n°54 et s.), la société apparente (n°129 et s.), le propriétaire apparent d'un fonds de commerce (n°203 et s.), le bien apparemment compris dans le nantissement du fonds de commerce (n°207), la capacité apparente du commerçant étranger (n°208 et s.) ; toutes ces situations voient l'apparence jouer un rôle dans les droits ou les obligations des parties à un contrat ; A.- D. Fatôme : *op. cit.*, n°938 et s, l'auteur soulignant que les obligations créées sont de nature contractuelle (n°939), mais mettant aussi en évidence le rôle de l'apparence dans l'interprétation du contrat, v. n°955 et s.

²²³ Le mandat est « l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom » (art. 1984 C. civ. : G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, v° « mandat, sens 1 »), et le mandat apparent peut être décrit comme la situation dans laquelle le mandataire apparaît comme avoir pouvoir pour accomplir quelque chose.

²²⁴ Sur ce point, v. A.-D. Fatôme : *op. cit.*, n°178 et s.

²²⁵ V. art. 1998 C. civ. : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataires, conformément au pouvoir qui lui a été donné. [al. 2] Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ».

²²⁶ A.- D. Fatôme : *op. cit.*, n°938 et s. spéc. n°944, où l'auteur explique que l'apparence est « une source autonome d'obligations qui impose des obligations déterminées contractuellement à celui qui n'a eu aucune volonté de s'engager ».

indifférent à la qualification d'acte juridique que les parties ont pu donner à ce qui est demeuré un fait juridique. En effet, l'acte juridique peut être analysé comme un sous-ensemble des faits juridiques²²⁷, dans lequel sont entrés un certain nombre de faits qui caractérisent une volonté de cocontractants de produire des effets juridiques. Cette qualification d'acte juridique ressort donc de la volonté des parties. Il existe cependant des éléments de l'acte juridique que le droit des pratiques restrictives de concurrence analysera non pas comme des parties de l'acte, mais comme des faits juridiques, aux effets non voulus par les parties. Face à ces parties de l'acte, à ces clauses, il conviendra d'aller au-delà de l'apparence, pour leur donner la qualification de faits juridiques²²⁸. Le comportement qui a pour effet une pratique restrictive de concurrence demeure ainsi un fait juridique. Au-delà des clauses que le droit des pratiques restrictives de concurrence saisit en tant que pratiques, sont également appréhendés les comportements observés par les parties à l'occasion du contrat, de sa négociation à son exécution²²⁹. Le fait que soient visées des pratiques par le droit des pratiques restrictives de concurrence permet d'englober les clauses mais aussi l'ensemble des comportements des parties sous un même

²²⁷ H. Capitant : *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, précité, n°228-229 ; R. Demogue : *Traité des obligations en général*, Tome 1 : *Sources des obligations*, précité, n°11 ; F. Terré : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, précité, n°108 ; T. Janville : *La qualification juridique des faits*, précité, n°643.

²²⁸ V. par ex. de clauses ayant reçu la qualification de pratique restrictive de concurrence : pour la pratique de soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (art. L. 442-6, I, 2° C. com.) : une clause exclusive de responsabilité en matière de dépasement de délais de paiement (CA Bordeaux, 2^{ème} ch. civ., 21 nov. 2011, n°10/02746) ; une clause de résiliation unilatérale (T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n°2009/02295 ; CA Rouen, 1^{ère} ch. civ., 12 déc. 2012, n°12/01200) ; une clause pénale (CA Paris, pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n°11/08674) ; une clause de révision de prix (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n°11/17941) ; Sur ces arrêts, v. : J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », CCC, 2013, étude 14 ; M. Chagny : « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », RTD Com., 2013, p. 500 ; R. Rue, N. Contis : « Cinq ans de jurisprudence sur la notion de « déséquilibre significatif ». Bilan et perspectives », JCP, G, 2014, 323 ; N. Lajnef : « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », RLC, 4-2014, n°39, p. 171-177 ; pour la pratique d'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné (art. L. 442-6, I, 3° C. com.) : la clause qui prévoit pour un commerçant une remise et des délais de paiement plus longs tout en refusant un engagement en volume auprès du fournisseur (CA Versailles, 12^{ème} ch. sect. 2, 18 mai 2006, Concurrences, n°4-2006, p. 81, note D. Fasquelle et L. Roberval) ; pour la pratique de menace d'une rupture brutale des relations commerciales (art. L. 442-6, I, 4° C. com. : la clause qui permet au contractant de résilier le contrat si le fournisseur refuse une modification des conditions contractuelles, si cette modification induit un abus au sens du texte (CEPC, avis n°14-06 du 19 juin 2014 relatif à une demande d'avis d'un syndicat de fabricants du secteur automobile sur les nouvelles conditions générales d'achat proposées à ses membres par un constructeur français d'automobiles ; AJCA, 2014, p. 382, note B. Mathieu) ; *Adde* : les clauses qui peuvent être atteintes sur le fondement de l'art. 7 de la directive 2011/7/UE concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, et qui permet de rendre inapplicable ou d'engager la responsabilité d'un débiteur, en cas d'abus manifeste à l'égard du créancier relativement à une clause relative à la date ou au délai de paiement, au taux d'intérêt pour retard ou à l'indemnisation pour frais de recouvrement.

²²⁹ Lors de la négociation, v. par ex. avis CEPC n°14-09 du 29 oct. 2014 relatif à une demande d'avis d'un entreprise sur un contrat multi-enseigne imposé par des sociétés et sur des remises liées à des paliers de chiffre d'affaires, où la Commission estime que la globalisation artificielle de chiffre d'affaires pour obtenir des conditions commerciales auprès d'un fournisseur constitue, si le fournisseur n'en a aucune contrepartie, une pratique restrictive de concurrence d'avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial rendu (art. L. 442-6, I, 1° C. com.) ; Lors de l'exécution, cf. les ex. relativement au déséquilibre significatif.

régime. En conséquence, même si une clause d'un contrat ne doit pas être considérée comme une pratique restrictive de concurrence en tant que telle, son application par les parties peut aboutir à la caractérisation d'une telle pratique. Dans ce cas, la pratique contractuelle des parties les conduit à la mise en œuvre d'une pratique restrictive de concurrence. La clause est alors qualifiée de pratique restrictive de concurrence en raison de son application par les parties²³⁰. De même, les clauses qui ont pu être insérées par les parties postérieurement à la conclusion du contrat, par exemple à l'occasion d'une renégociation, peuvent être considérées comme mettant en place des pratiques restrictives de concurrence²³¹. Dans l'ensemble de ces cas, le droit des pratiques restrictives de concurrence prend appui sur les effets restrictifs de concurrence d'une clause pour la requalifier en fait juridique, et être en mesure d'y appliquer des sanctions qui peuvent être vues comme des effets juridiques non voulus par les parties. En résumé, il ne se limite pas à l'apparence d'acte juridique, qui est trompeuse, mais s'intéresse au fait juridique qui a reçu cette apparence. L'apparence remplit alors un rôle différent puisqu'elle conduit non pas à la déduction d'obligations contractuelles²³², mais à la qualification d'une clause contractuelle en pratique restrictive de concurrence.

285. Déqualification et requalification de la clause contractuelle. Malgré les apparences, la clause contractuelle qui a pour finalité une pratique restrictive de concurrence doit sortir de l'acte juridique, par une déqualification, afin de revenir dans la catégorie des faits juridiques, et d'être en mesure de recevoir la qualification de pratique restrictive de concurrence. Il s'agit du raisonnement inverse de celui qui avait conduit à donner à l'acte juridique sa qualification²³³. L'opération de requalification incombe alors au juge²³⁴ qui ne peut être considéré comme lié par la qualification d'acte juridique d'une clause ou d'un contrat qui

²³⁰ V. par ex. de façon d'exécuter une clause ou un contrat qui a reçu la qualification de pratique restrictive de concurrence : la pratique qui vise à faire renoncer des contractants à la restitution de sommes qu'ils ont indument versés à leur contractant à la suite d'une pratique restrictive de concurrence constitue une pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif (CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 sept. 2013, n°12/03177) ; la pratique qui consiste à interdire la discussion sur le contenu de conditions générales d'achat, qui constitue un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (CEPC, avis n°14-06 du 19 juin 2014, précité) ; *Adde* : les pratiques qui peuvent être atteintes sur le fondement de l'art. 7 de la directive 2011/7/UE précitée, le texte visant les pratiques relatives à la date ou au délai de paiement, au taux d'intérêt pour retard de paiement ou relatives à l'indemnisation pour frais de recouvrement qui constituent un abus manifeste à l'égard du créancier.

²³¹ L'art. L. 441-8 al. 5 C. com. prend soin de préciser qu'il est possible de procéder à une renégociation hors les cas où la loi l'impose, dans le respect des articles L. 441-7 et L. 442-6, c'est-à-dire en résumé dans le respect de l'établissement d'une convention écrite récapitulant les obligations de chacune des parties, et dans la mesure où les parties n'ont pas un comportement ayant pour finalité une pratique restrictives de concurrence.

²³² Il est même possible de considérer à l'inverse, qu'elle conduit à la suppression d'obligations contractuelles puisque les obligations prévues par la clause qui est qualifiée de pratique restrictive de concurrence verront leur effet obligatoire anéanti ; Cf. *Infra*, n°343.

²³³ Sur ce raisonnement, v. : T. Janville : *La qualification juridique des faits*, précité, n°652.

²³⁴ Art. 12 al. 2 C. pr. civ. : le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

met en place une pratique restrictive de concurrence²³⁵. Cette requalification a pour conséquence une application du droit des pratiques restrictives de concurrence²³⁶, mais aussi des sanctions qu'il prévoit, indépendamment de l'existence d'un acte juridique.

B. Les effets de la qualification sur l'acte juridique.

286. Sort de la clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence et de l'acte juridique qui la contenait. La qualification de fait juridique d'une clause contractuelle contenue à l'origine dans un acte juridique ne peut aller sans effet sur ledit acte. La clause objet de la requalification doit être considérée comme un fait juridique, qui n'a pas reçu d'accord de volonté de la part des parties. Ce fait juridique, qui avait un temps pris l'apparence de l'acte juridique, une fois qualifié, est source d'obligations, comme la responsabilité civile délictuelle²³⁷. La clause est ainsi « sortie » de l'acte juridique et suit un régime qui lui est propre, alors que l'acte juridique dans son ensemble doit pouvoir continuer à exister entre les parties, et à fonctionner sans mise en œuvre d'une pratique restrictive de concurrence²³⁸. Ainsi, le droit des pratiques restrictives de concurrence atteint des pratiques qui peuvent prendre la forme de clauses, mais, dans la mesure du possible, il prend soin de préserver le contrat, dans ses stipulations qui ne sont pas des pratiques restrictives de concurrence. La force obligatoire de l'acte juridique est donc préservée puisque seule la clause qui ne peut être considérée comme faisant partie de l'acte voit son application anéantie. Cette préoccupation peut se retrouver lors de la requalification d'une clause qui devient une pratique restrictive de concurrence en cours d'exécution du contrat.

²³⁵ Art. 12 al. 3 C. pr. civ. : « Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications de droit auxquelles elles entendent limiter le débat » ; Les parties ne peuvent, en matière de pratique restrictive de concurrence, renoncer par anticipation à l'engagement de leur responsabilité, qui est d'ordre public, sur ce point, v. Cass. com., 16 déc. 2014, n°13-21.363, Bull. civ. IV, n°186 : L'article L. 442-6, I, 5° « institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation » ; L'essentiel Droit des contrats, 2015, n°2, p. 1, note N. Leblond ; CCC, 2015, comm. 34, note sous arr. N. Mathey ; JCP, E, 2015, 1115, note sous arr. N. Dissaux ; AJCA, 2015, p. 133, note L. Arcelin ; RTD Civ., 2015, p. 384, note H. Barbier ; *Idem*, p. 411, note P.- Y. Gautier.

²³⁶ Cf. F. Terré : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, précité, n°13 : la qualification a pour but de « soumettre à une règle juridique ».

²³⁷ Cf. *Infra*, n°320 et s.

²³⁸ Dans l'ensemble des ex. donnés précédemment, les clauses ou les façons d'exécuter les clauses d'un contrat qui ont été considérées comme ayant pour finalité une pratique restrictive de concurrence n'ont pas entraîné dans leur requalification l'ensemble du contrat dont elles faisaient partie.

§2 : La requalification d'une clause devenue pratique restrictive de concurrence en cours d'exécution du contrat.

287. La clause devenue pratique restrictive de concurrence. Une clause peut être devenue une pratique restrictive de concurrence. Dans ce cas, la sanction de la pratique restrictive de concurrence intervient après son apparition, et il n'est pas possible de considérer que la clause mettait, dès l'origine, en place une pratique restrictive de concurrence. Pour la clause, recevoir la qualification de pratique restrictive de concurrence implique de la considérer, alors qu'elle faisait partie intégrante de l'acte juridique, à partir d'un moment donné, comme un fait juridique (A), ce qui permet, via le droit des pratiques restrictives de concurrence, une prise en compte du changement de circonstances (B).

A. La clause contractuelle requalifiée en pratique restrictive de concurrence.

288. Exécution d'une clause et pratique restrictive de concurrence. Au-delà des clauses qui peuvent être qualifiées, dès leur stipulation, de pratique restrictive de concurrence, ou qui montrent la mise en œuvre d'une telle pratique, il est possible que la requalification s'étende à un autre type de stipulations, les stipulations qui deviennent des pratiques restrictives de concurrence, par la suite d'un changement de circonstances non prévu lors de la conclusion du contrat. En effet, la mise en évidence d'un fait juridique au sein d'un acte juridique peut avoir lieu après un changement des circonstances dans lesquelles l'acte a été conclu, ou dans lesquelles il était censé s'exécuter. L'hypothèse est alors celle d'une clause ou d'un contrat dont l'exécution fait apparaître une pratique restrictive de concurrence. La qualification de pratique restrictive de concurrence qui peut s'appliquer à une clause ne se limite pas aux conditions de sa négociation, mais concerne également les conditions de sa mise en œuvre. Dans ce domaine, l'exécution d'une clause après un changement de circonstances doit pouvoir être soumise à la pratique de soumission ou de tentative de soumission à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (1), avec, en filigrane, la question de savoir si une requalification de la clause dont l'exécution est modifiée par un changement de circonstances en pratique restrictive de concurrence est envisageable. Parallèlement, et alors que le changement de circonstances n'est pas une cause de révision des contrats consacrée par la loi²³⁹, se pose également la question de savoir si le risque de

²³⁹ La solution du refus du changement de circonstances comme source de révision judiciaire du contrat s'analyse en effet comme supplétive, sur ce point, v. G. Chantepie : *La lésion*, préf. G. Viney, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 467, n°314 ; J. Heinich : *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, th. dactyl., dir. J. Mestre, Université d'Aix-Marseille, 2013, n°165.

qualification d'une ou plusieurs clauses en pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif peut pallier l'absence de stipulations contractuelles qui peuvent prévoir des possibilités de renégociations (2).

1. L'appréhension du changement de circonstances par la pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif.

289. L'effet du changement de circonstances : la création d'un déséquilibre. La théorie de l'imprévision a pour but de conférer au juge le « pouvoir de révision d'un contrat à la demande d'une partie lorsque par suite d'un évènement extérieur, étranger à la volonté des contractants et imprévisible lors de la conclusion, l'exécution de celui-ci devient pour l'un des cocontractants non pas impossible, mais tellement onéreuse qu'elle risque de le ruiner »²⁴⁰. Elle est également décrite comme permettant au juge de « modifier le contenu contractuel lorsque des circonstances imprévues en ont bouleversé l'économie au point de rendre son exécution extraordinairement onéreuse »²⁴¹, ou comme une manifestation de l'imprévu, qui serait « extérieur, postérieur au contrat, et qui déjoue les prévisions des parties en paralysant l'exécution du contrat »²⁴², ou encore comme une manifestation de l'imprévisibilité qui « permet au débiteur de se libérer de son obligation initiale, notamment grâce à la caducité ou à une renégociation du contrat, lorsqu'un fait imprévisible au moment de la formation du contrat vient bouleverser son exécution »²⁴³. Un débat peut exister en doctrine sur le critère qui permet de mesurer l'atteinte que subit le contrat²⁴⁴, mais il est largement admis que le résultat du changement de circonstances est un déséquilibre, même si certains lui préfèrent la paralysie du contrat²⁴⁵, et que le législateur lui a préféré « l'exécution excessivement onéreuse »²⁴⁶. Il est

²⁴⁰ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, v° « Imprévision (théorie de l') ».

²⁴¹ P. Stoffel-Munck : *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit français contemporain*, Aix-en-Provence PUAM, coll. du laboratoire de théorie juridique, 1994, n°1.

²⁴² L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Paris : Economica, coll. recherches juridiques, 2011, n°688 où l'auteur aboutit à cette définition au terme d'une démonstration qui le conduit à la mise en évidence de chaque élément de ladite définition, v. n°518 et s., n°557 et s., 590 et s.

²⁴³ J. Heinich : *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, précité, n°128.

²⁴⁴ Pour une synthèse des critères proposés, v. : L. Thibierge : *op. cit.*, n°630 et s., où l'auteur synthétise les critères proposés et mentionne le critère mathématique, le critère de l'onérosité excessive, le critère du déséquilibre significatif, le critère de l'équité, ou encore celui du bouleversement de l'économie du contrat, l'auteur proposant lui-même le critère de l'augmentation des coûts d'exécution et de l'apparition de difficultés propres au débiteur (n°647 et s.).

²⁴⁵ L. Thibierge : *op. cit.*, n°590 et s. où l'auteur estime que l'imprévu « paralyse le contrat sans pour autant engendrer d'impossibilité d'exécution ». Le critère paraît original puisque la « paralysie » désigne une « impossibilité d'agir » (E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, précité, V° « paralysie », sens 2), et que l'auteur précise ensuite que la paralysie dont il est question n'engendre pas toujours d'impossibilité d'exécuter le contrat, mais peut rendre l'exécution plus coûteuse (n°605) ; *Adde* : G. Chantepie : « L'efficacité attendue du contrat », RDC, n°1-2010, p. 347, où l'auteur énonce que l'imprévision peut être vue comme « une perte d'utilité du contrat, plus que comme un déséquilibre contractuel ».

cependant acquis que le changement de circonstances constitue un bouleversement de l'équilibre ou un déséquilibre²⁴⁷ qui survient en cours d'exécution du contrat, et un auteur énonce que « l'équilibre contractuel peut servir l'objectif de pérennité contractuelle »²⁴⁸ via « la réception de la théorie de l'imprévision »²⁴⁹ pour en déduire que « la théorie de l'imprévision tend à pallier un déséquilibre dont la source est conjoncturelle »²⁵⁰. La jurisprudence est venue confirmer cette analyse en estimant qu'une juridiction du fond devait rechercher si « l'évolution des circonstances économiques [...] n'avait pas eu pour effet [...] de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulue par les parties lors de sa signature »²⁵¹. Le changement de circonstances intervenu pendant la période d'exécution du

²⁴⁶ Cf. art. 1195 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie (...) ».

²⁴⁷ V. not. : G. Cornu : *op. cit. loc. cit. in fine* ; G. Chantepie : *La lésion*, th. précité, n°300 ; L. Fin-Langer : *L'équilibre contractuel*, thèse, préf. C. Thibierge, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, 2002, n°400 ; V. Lasbordes : *Les contrats déséquilibrés*, th., 2 t., préf. C. Saint-Alary-Houin, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2000, n°65 ; M. Planiol, G. Ripert : *Traité élémentaire de droit civil*, 11^{ème} éd., t. 2, Paris : LGDJ, 1931, n°1168 bis ; B. Starck : *Droit civil : théorie générale des obligations, fasc. III : les sources des obligations (suite), contrats, obligations en tant que biens*, Paris : Les cours de droit, 1970, p. 856 ; Y. Blaise : *Droit civil, les obligations DEUG 2^{ème} année : 1982-1983*, Paris : Les cours de droit, 1984, p. 230 ; J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau : *Traité de droit civil, les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, 3^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2001, n°290 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2015, n°757 ; A. Bénabent : *Droit des obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Montchrestien-Lextenso éditions, coll. Domat Droit privé, 2014, n°292 ; Y. Lequette, F. Terré, P. Simler : *Droit civil. Les obligations*, précité, n°465 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *Droit des obligations*, 13^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, coll. Manuels, 2014, n°500 ; M. Fabre-Magnan : *Droit des obligations*, t. 1 : *Contrat et engagement unilatéral*, 3^{ème} éd., Paris : PUF, 2012, p. 480 ; B. Fages : *Droit des obligations*, 5^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n°344 ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *Droit des obligations*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2008, n°212 ; C. Renault : *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., Paris : Gualino, coll. Fac universités, Manuels, 2007, n°387 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *Droit civil. Les obligations*, précité, n°1115 ; M. Brusorio-Aillaud : *Droit des obligations*, 6^{ème} éd., Bruxelles : Larcier, coll. Paradigme (Manuels), 2015, n°438 ; S. Porchy-Simon : *Droit civil, 2^{ème} année : Les obligations*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. HyperCours, 2014, n°355 ; F. Rouvière : *Le contenu du contrat*, Jcl. Contrats-distribution, fasc. n°50, n°32 ; J.- P. Delmas Saint-Hilaire : « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. P. Durand, Paris : LGDJ, 1960, p. 189-233, spéc. n°2 ; R. David : « L'imprévision dans les droits européens », in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence : Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 211-229, spéc. p. 214 ; B. Fauvarque-Cosson : « Le changement de circonstances », RDC, n°1-2004, p. 67, n°2 ; D. Mazeaud : « La révision du contrat », P. Aff., 30 juin 2005, n°129, p. 4 ; du même auteur, v. : « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », note Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, n°01-15.804, D. 2004, p. 1754, spéc. n°8 ; P. Catala : « La renégociation des contrats », in *Etudes de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier*, Paris : Economica, 2008, p. 91-99, spéc. p. 91 ; M. Mekki : « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation des droits », JCP, G, 2010, 1219, n°2.

²⁴⁸ P. Lemay : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, précité, n°238 et s.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Idem*, n°244.

²⁵¹ Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369 ; D. 2010, p. 2481, note sous arr. D. Mazeaud ; p. 2485, note T. Genicon ; JCP, G, 2010, 1056, note sous arr. T. Favario ; JCP, E, 2010, 2108, note sous arr. S. Le Gac-Pech ; *idem*, 2134, spéc. n°6, note J.- B. Seube in Chr. « Technique contractuelle » ; RTD Civ., 2010, p. 782, note B. Fages ; RDC, n°1-2011, p. 34, note E. Savaux ; Gaz. Pal., 2011, n°13, p. 17, note D. Houtcieff, in Chr. droit des contrats ; Dr et part. 2-2011, n°200, p. 64-71, spéc. p.69, note L. Aynès et P. Stoffel-Munck, in Chr. droit des contrats : « Mai- novembre 2010 : des revirements sui se précisent, par réalisme et logique » ; V. aussi : M. Mekki : « Hardship et révision des contrats », JCP, G, 2010, 1219 et 1257. P. Deumier : « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », RTD Civ., 2011, p. 87.

contrat a donc pour effet un déséquilibre, et se pose la question de savoir si ce déséquilibre entre dans le champ d'application de la pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

290. La qualification du déséquilibre né du changement de circonstances en pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif. A titre liminaire, il convient de rappeler le champ d'application de la pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La question de l'intégration du déséquilibre issu d'un changement de circonstances dans cette pratique nécessite en effet de préciser que cette intégration ne peut avoir lieu que dans le respect des conditions d'application du droit des pratiques restrictives de concurrence. La jurisprudence, faisant fi des limites de la disposition légale qui prévoit que ceux qui soumettent au déséquilibre significatif peuvent être « tout producteur, industriel, commerçant ou personne immatriculée au répertoire des métiers »²⁵², considère que celui qui soumet au déséquilibre significatif peut être toute entreprise²⁵³. Dans un même esprit d'extension du champ d'application de cette pratique restrictive de concurrence, la jurisprudence a étendu le terme « partenaire commercial »²⁵⁴ que contient le texte législatif à toute relation économique, de sorte que celui qui peut être soumis au déséquilibre significatif peut être tout partenaire économique de l'entreprise²⁵⁵. La précision quant au champ d'application effectuée, il convient ensuite de s'attarder à la rédaction de la disposition. Non limitée aux clauses, contrairement à la répression consumériste des clauses abusives²⁵⁶, il s'agit de la sanction d'une pratique, qui peut atteindre des clauses, dont il sera considéré qu'elles ne sont pas entrées dans l'acte juridique, et sont demeurées des faits juridiques. La pratique consiste alors, pour une entreprise, en la soumission ou en la tentative de soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif. Le texte ne contient aucune limitation quant au moment d'apparition du déséquilibre significatif qu'il sanctionne, c'est-à-dire que ce déséquilibre peut apparaître avant la conclusion du contrat, lors de la conclusion, ou en cours d'exécution. Il paraît donc possible de considérer que des déséquilibres significatifs sont apparus en cours d'exécution du contrat. Or, l'une des sources de ces déséquilibres significatifs peut être un changement de circonstances extérieures au contrat. Dans ce cas, le bouleversement de circonstances

²⁵² Art. L. 442-6, I C. com.

²⁵³ Cf. *Supra*, n°224.

²⁵⁴ Art. L. 442-6, I, 2° C. com. : « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ».

²⁵⁵ Cf. *Supra*, n°225.

²⁵⁶ Cf. art. L. 212-1 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 132-1 C. conso.).

économiques externes au contrat déséquilibre le contrat tel que voulu par les parties lors de sa conclusion, notamment en ce que son exécution est devenue excessivement onéreuse pour l'une des parties par exemple. Le texte législatif mentionnant la pratique de soumission à un déséquilibre significatif semble d'autant plus accueillant à la prise en considération du changement de circonstances qu'il mentionne la soumission à un déséquilibre significatif, sans exiger que l'entreprise qui soumet au déséquilibre soit également le créateur de ce déséquilibre. Le fait d'être créateur du déséquilibre et le fait d'être celui qui soumet au déséquilibre doit en effet être distingué, ces deux qualités ne se cumulant pas nécessairement. Un exemple de cumul sera celui de l'apparition d'un déséquilibre significatif en cours de négociation du contrat. Un exemple de non-cumul sera précisément le changement de circonstances externe au contrat qui cause un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Non créatrice, l'entreprise peut néanmoins soumettre à ce déséquilibre externe, en ne permettant pas la renégociation du contrat par exemple. Le changement de circonstances externe au contrat, qui s'analyse en un fait juridique, peut entraîner une exécution du contrat qui mette en évidence un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Le déséquilibre né d'un changement de circonstances peut donc être vu comme entrant dans le champ d'application de la pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif, à la condition qu'il revête un caractère significatif. L'exécution d'un contrat bouleversé par un changement de circonstances peut mener à la caractérisation d'une pratique restrictive de concurrence, c'est-à-dire sortir du champ de l'acte juridique tel que voulu par les parties, et devenir un fait juridique, qui conduise à la requalification de(s) clause(s) dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse. Il s'agit alors de regarder, en droit des pratiques restrictives de concurrence, le changement de circonstances comme un fait juridique qui a des effets sur le contrat, et qui peut entraîner la mise en œuvre d'une pratique sanctionnable. Il s'agit, dans cette matière, d'un changement de paradigme puisque la prise en compte de ce type d'évènements est *a priori* supplétive, selon le droit commun, et la disposition légale spéciale paraît venir s'y substituer.

2. La substitution du droit des pratiques restrictives de concurrence aux clauses de renégociation.

291. Clauses de renégociation. La théorie de l'imprévision qui voit le changement de circonstances qui crée un déséquilibre dans l'économie du contrat pris en considération par un juge qui a alors un pouvoir de modification du contrat, vient d'être consacrée en droit

commun²⁵⁷, alors qu'elle ne l'était pas²⁵⁸. L'éventuelle prise en compte d'un tel changement de circonstances relevait donc de la volonté des parties, qui pouvaient prévoir des clauses par lesquels elles s'obligeraient, en cas de changement de circonstances, à renégocier le contrat. Cela demeure d'ailleurs possible, malgré la récente consécration, elle-même reposant largement sur la renégociation menée par les parties, avant de recourir au juge²⁵⁹. Les contrats d'affaires comprennent parfois des exemples de ces stipulations, parmi lesquels les clauses de révision de prix dans certains contrats de distribution, ou, plus généralement les clauses de renégociation, d'imprévision²⁶⁰, ou de « hardship »²⁶¹ qui permettent une « adaptation non-automatique du contrat »²⁶², en prévoyant la possibilité d'une révision en cas de circonstances imprévues, et « les modalités de l'évolution du contrat du fait de la survenance de circonstances imprévues »²⁶³. Ces stipulations, dont la dénomination peut varier, mais dont l'objet est identique, sont encouragées par la doctrine²⁶⁴. Il est vrai qu'elles apparaissent comme un moyen efficace de prise en considération du changement de circonstances durant l'exécution du contrat. Si ces clauses sont incluses dans des contrats qui relèvent du champ d'application des pratiques restrictives de concurrence, elles peuvent être analysées par les juridictions au regard de la pratique de soumission à un déséquilibre significatif.

²⁵⁷ Cf., dans sa rédaction issue de l'ord. n°2016-131, art. 1195 C. civ.

²⁵⁸ Sur ce point, v. par ex. : P. Stoffel-Munck : *Regards sur la théorie de l'imprévision*, précité, n°1.

²⁵⁹ Cf. art. 1195 dont le sens paraît être celui selon lequel la partie qui subit les effets du changement de circonstances peut demander une renégociation du contrat. Ce n'est que si cette renégociation n'a pas lieu ou qu'elle échoue qu'il faudra se poser la question de la résolution du contrat par les parties, ou de son adaptation, de sa révision, ou de sa résolution par un juge.

²⁶⁰ J. Heinich : *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, précité, n°159, l'utilisation de ce terme par l'auteur semble être à même de réunir l'ensemble des stipulations qui ayant pour objet d'anticiper l'imprévisibilité.

²⁶¹ V. sur la définition et l'étude de cette clause : B. Oppetit : « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship » », *Journal de droit international*, Clunet, 1974, p. 794-814, où l'auteur définit cette clause (n°3) comme « celle aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (« hardship ») injuste » ; M. Almeida Prado : *Le hardship dans le commerce international*, th. préf. H. Lesguillons, Paris : Bruylant, coll. Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international, 2003, n°4 : où l'auteur définit la clause de hardship comme « un remède juridique applicable aux situations où la survenance d'un évènement imprévisible et non imputable aux parties d'un contrat, entraîne un bouleversement de l'équilibre contractuel » ; L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*, précité, n°64 et s.

²⁶² T. Titone, F. Coulon, M. Dary : « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel », *JCP, E*, 2011, 1435, n°10.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ V. parmi d'autres : J. Heinich : th. précitée, n°164 où l'auteur met en évidence que la stipulation d'une telle clause par les parties est la seule possibilité pour elles d'adapter leur contrat à un changement de circonstances, en l'absence de consécration de la théorie de l'imprévision en droit positif ; B. Oppetit : « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances », précité ; L. Aynès : « L'imprévision en droit privé », *RJ com.*, 2005, p. 397 où l'auteur explique que « l'insertion de ces clauses est vivement conseillé » ; F. Magar : « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *D.* 2010, p. 1959 ; K. Haeri, M. Razavi : « La prévision dans le contrat, la prévision dans le procès », *Gaz. Pal.*, 30 déc. 2010, n°364, p. 14 ; T. Titone, F. Coulon, M. Dary : *op. cit.* ; J.-L. Fourgoux : « La clause de révision de prix dans les contrats d'affaires », *AJCA*, 2014, p. 24.

292. Soumission de ces clauses au déséquilibre significatif. Lorsqu'elles sont stipulées dans les contrats conclus entre des entreprises et leurs partenaires économiques, les clauses de renégociation peuvent être regardées à travers le prisme de la pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif²⁶⁵. Les conditions de la mise en œuvre de ces clauses ont ainsi pu être considérées comme caractérisant la soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif²⁶⁶. Il s'ensuit que le droit des pratiques restrictives de concurrence a vocation à appréhender les pratiques qui se nichent dans les conditions d'application des clauses de renégociation. Au-delà, il a même été considéré que le fait de ne pas prévoir de clause de renégociation peut constituer la pratique restrictive de concurrence de soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif²⁶⁷, c'est-à-dire qu'outre l'application des clauses, lorsqu'elles figurent dans les contrats, l'absence d'une clause de renégociation peut pareillement être qualifiée de pratique restrictive de concurrence. Lorsqu'elles existent, les

²⁶⁵ L'idée est effleurée par A. Kirillov : « Les clauses de hardship en droit prospectif à l'épreuve de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce », P. Aff., 23 sept. 2011, n°190, p. 5, mais l'auteur semble opérer une confusion en reprenant une solution qui serait retenue en droit de la consommation, qui pourrait atteindre les clauses de hardship sur le fondement de la présomption de caractère abusif d'une clause qui supprime ou entrave l'exercice d'actions en justice du consommateur. En effet, les listes de clauses abusives du droit de la consommation ne peuvent être regardées comme applicables entre professionnels.

²⁶⁶ CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n°12/07651 ; RLC, 1-2014, n°38, p. 43, note J.- C. Grall et P. Tourret ; J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », CCC, 2013, étude 14 ; Dans cette espèce, la Cour constate que « lorsque le fournisseur souhaite augmenter ses prix en cours de contrat, en raison de l'augmentation de ses coûts, il doit le négocier dans des conditions rigides avec le distributeur qui se réserve la possibilité de refuser l'augmentation, voire de revoir les conditions de référencement des produits concernés. En revanche, le fournisseur s'oblige, sans qu'une discussion ne soit prévue et sans même qu'une demande de la société [distributrice] soit nécessaire à ce titre, à baisser ses tarifs lorsqu'un ou plusieurs éléments concourant à la formation de ceux-ci ont connu une baisse ». La Cour caractérise un déséquilibre significatif résultant des clauses du contrat qui prévoient les augmentations et les réductions des tarifs ; CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n°11/17941 ; D. 2014, p. 893, note D. Ferrier *in* Chr. « Concurrence-distribution janv. 2013-déc. 2013 » ; RTD Civ., 2014, p. 114, note H. Barbier ; Dans cette espèce, la Cour estime que « le déséquilibre n'est pas apprécié au regard de l'élément qui déclenche la révision de prix mais au regard des conditions de mise en œuvre de la révision, dans la mesure où il n'existe pas de réciprocité ». La cour relève que la baisse de tarif initiée par le distributeur dénonce systématiquement l'accord, alors que la hausse de tarif demandée par un fournisseur suppose des justifications et le consentement du distributeur.

²⁶⁷ T. com. Lille, 6 janv. 2010, n°2009-05184 ; JCP E, 2010, act. 84, note J.- C. Grall ; CCC, 2010, comm. 71, note sous arr. N. Mathey ; D. 2010, p. 1000, note sous arr. J. Sénéchal ; RLC, 04-2010, n°23, p. 43-47, note M. Béhar-Touchais ; RDC, n°3-2010, p. 928, note M. Béhar-Touchais ; où le tribunal se prononce sur l'absence d'une clause de révision des acomptes en cours de contrat au cas où le volume d'affaires avec le fournisseur viendrait à baisser de manière significative, et qui estime que « l'absence d'une telle clause contribue au déséquilibre significatif déjà constaté entre les droits et obligations des parties » ; CEPC, avis n°11-06 du 1^{er} juin 2011 relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle industrielle : « La Commission estime qu'entrent dans les prévisions de cet article [art. L. 442-6, I, 2° C. com.] les pratiques consistant pour un fournisseur [...] à exclure dans ses conditions générales d'achat l'insertion de clauses d'adaptation, d'indexation ou de hardship permettant la renégociation du contrat aux fins, notamment d'un partage des surcoûts imputables à son inexécution totale ou partielle par ce fournisseur » ; CEPC, avis n°12-07 du 16 mai 2012 relatif à une demande d'avis d'une fédération professionnelle appartenant au secteur du matériel informatique : « Pourrait constituer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce, l'absence de clause de révision d'un contrat successif de fournitures de matériels conclu entre un grossiste et un partenaire commercial, alors que par suite de l'évolution des circonstances économiques, l'augmentation du prix des matières premières [...] est constatée une aggravation significative, sans contrepartie, de l'obligation du grossiste envers le partenaire commercial ».

conditions d'application des clauses de renégociation ne doivent pas révéler de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, et comme leur absence peut s'analyser en un tel déséquilibre, la question qui se pose est celle de savoir si une obligation de renégociation ne pourrait pas être appliquée à tous les contrats qui relèvent du champ d'application des pratiques restrictives de concurrence, en dehors de toute stipulation en ce sens.

293. Application d'une obligation de renégociation en dehors de ces clauses sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence. La stipulation des clauses de renégociation dans les contrats conclus entre professionnels semble être incitée, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Pour autant, dans les contrats conclus entre professionnels qui relèvent du champ d'application des pratiques restrictives de concurrence, certains faits juridiques intervenus lors de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution du contrat peuvent recevoir la qualification de pratique restrictive de concurrence. Le changement de circonstances externes au contrat qui induit une exécution nettement plus onéreuse pour l'une des parties est un fait juridique qui a des effets sur le contrat. La renégociation du contrat peut ensuite avoir lieu entre les parties, afin de prendre en considération le fait qui relève de ce qui n'a pas pu être prévu lors de la conclusion du contrat, et d'adapter celui-ci. La question qui se pose est celle de savoir si la qualification de pratique restrictive de concurrence de soumission ou de tentative de soumission à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties peut être appliquée au refus opposé par la partie qui ne supporte pas les conséquences de l'imprévision, ou simplement au fait de poursuivre l'exécution du contrat malgré le changement de circonstances. En d'autres termes, il s'agit de savoir si le droit des pratiques restrictives de concurrence n'oblige pas les parties à renégocier le contrat en cas d'apparition d'un déséquilibre, même externe et imprévu lors de la conclusion du contrat, pour éviter la qualification de soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif. Certes, il semble qu'aucune des décisions rendues sur le fondement du déséquilibre significatif ne qualifie ainsi la pratique qui consiste à refuser la modification d'un contrat par suite d'un changement de circonstances. Cela ne doit pas signifier qu'aucune décision ne le considérera jamais puisque la modification des circonstances dont il est question en matière d'imprévision peut être analysée comme créatrice d'un déséquilibre. Si celui-ci est significatif, les parties auront la responsabilité de le compenser, *via* une modification contractuelle, sous peine de relever de la pratique de soumission à un déséquilibre significatif. Après avoir conduit à considérer que l'absence de clause de renégociation dans les contrats peut révéler un déséquilibre significatif, la jurisprudence pourrait être amenée à considérer que le refus de renégocier un contrat révèle

également la soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La requalification d'une clause en pratique restrictive de concurrence a de ce point de vue un effet non négligeable, celui de la prise en compte indirecte, via le droit spécial des pratiques restrictives de concurrence, de la théorie de l'imprévision. Cette matière apparaît alors comme avant-gardiste au regard de la future consécration en droit commun d'une révision des contrats en cas de changement de circonstances²⁶⁸.

B. L'effet de la requalification d'une clause en pratique restrictive de concurrence en cours d'exécution du contrat : la prise en compte de l'imprévision.

294. De la théorie de l'imprévision à la renégociation des contrats en cas de changement important de circonstances. La théorie de l'imprévision est longtemps demeurée rejetée par le droit privé français, ce qui ne doit pas signifier qu'il ne donne aucun effet au bouleversement des circonstances survenu en cours de contrat. En effet, l'évolution de la pensée doctrinale et certains arrêts se fondent sur la bonne foi pour exiger, dans ce cas, un devoir de renégociation (1). Avant même sa consécration en droit commun, il semble que ce devoir l'ait déjà été en droit des pratiques restrictives de concurrence, qui prend ainsi en compte l'imprévision (2).

1. La prise en compte de l'imprévision en droit commun.

295. Le refus classique de la théorie de l'imprévision en droit privé français. Contrairement au droit public²⁶⁹, le droit privé français ne donne pas d'effet lors de l'exécution, sur le contrat des parties, à l'imprévision, paraissant privilégier la force obligatoire de l'accord initial des parties à l'adaptation de celui-ci au changement de circonstances non prévisible lors de la conclusion. L'absence de révision du contrat par suite d'un changement de circonstances est relativement ancienne²⁷⁰, et demeure en principe jusqu'au 1^{er} octobre 2016²⁷¹. La théorie de

²⁶⁸ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, publié par le Ministère de la justice, le 25 fév. 2015, art. 1196 : « 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 ». [al. 2] « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

²⁶⁹ CE, 8 fév. 1918, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 2013 n°30, p. 183-191.

²⁷⁰ Cass. civ., 6 mars 1876 : Attendu que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants » ; D. 1876, 1, 193, note Giboulot ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette : *Grands arrêts de la*

l'imprévision qui investit le juge du pouvoir d'adapter le contrat en cas de changement de circonstances non prévisible et survenu en cours d'exécution n'était donc pas consacrée, de manière générale, en droit français, alors que beaucoup de droits étrangers la prévoient.

296. Les applications de la théorie de l'imprévision en droit comparé. De nombreux droits étrangers, qui, comme le droit privé français, refusaient au début du XX^{ème} siècle la théorie de l'imprévision²⁷², l'ont ensuite consacrée, notamment après des périodes de guerre, dont il n'est pas douteux qu'elles ont été source d'imprévision dans les rapports contractuels²⁷³, mais aussi en dehors de ces périodes²⁷⁴. La doctrine française a relevé ces applications, notamment dans le but de montrer l'évolution de ces droits étrangers vers une prise en considération de la théorie de l'imprévision, et pour souligner le retard pris par le droit français, parfois vu comme devenu « isolé »²⁷⁵, ayant une « vision périmée »²⁷⁶, ou « s'enfermant dans son particularisme »²⁷⁷ dans sa conception traditionnelle de refus de la théorie de l'imprévision. Au-delà des droits étrangers, certains droits à vocation supranationale prévoient également une application de la théorie de l'imprévision²⁷⁸. En droit privé français, le

jurisprudence civile, Tome 2 : *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2015, n°165.

²⁷¹ Date d'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 ; L'impossibilité de d'adaptation du contrat par un juge en cas de changement de circonstances est rappelée dans tous les ouvrages traitant de la question, v. par ex. : B. Starck : *op. cit.*, p. 856 ; Y. Blaisse : *op. cit.*, *loc. cit.* ; J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau : *op. cit.*, *loc. cit.* ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, *loc. cit.* ; A. Bénabent : *op. cit.*, *loc. cit.* ; Y. Lequette, F. Terré, P. Simler : *op. cit.*, *loc. cit.* ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *op. cit.*, *loc. cit.* ; M. Fabre-Magnan : *op. cit.*, *loc. cit.* ; B. Fages : *op. cit.*, *loc. cit.* ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *op. cit.*, *loc. cit.* ; C. Renault : *op. cit.*, *loc. cit.* ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *op. cit.*, *loc. cit.* ; M. Brusorio-Aillaud : *op. cit.*, *loc. cit.* ; S. Porchy-Simon : *op. cit.*, *loc. cit.* ; P. Stoffel-Munck : *Regards sur la théorie de l'imprévision*, précité, n°1 ; Adde, pour un résumé : N. Gras : *Essai sur les clauses contractuelles*, th. dactyl. Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, dir. M. Mekki et J. Stoufflet, 2014, n°137 et s.

²⁷² V. toutefois, l'exemple singulier du Royaume-Uni, qui, sans consacrer la théorie de l'imprévision, consacre un mécanisme proche en droit privé (la frustration), sur ce point, v. : L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*, précité, n°300 et s. ; R. David : « l'imprévision dans les droits européens », précité, p. 222 ; B. Fauvarque-Cosson : « Le changement de circonstances », RDC, n°1-2004, p. 67, n°15 ; Y.- M. Laithier : « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law », RDC, n°1-2010, p. 407.

²⁷³ V. : R. David : « L'imprévision dans les droits européens », précité, spéc. p. 219 et s. où l'auteur met en évidence cette consécration à la suite de la première guerre mondiale, par la jurisprudence allemande (avant une consécration législative) (p. 218), et à la suite de la seconde guerre mondiale, par le législateur grec (p. 219) ou encore italien (p. 219).

²⁷⁴ *Idem*, l'auteur citant l'exemple portugais (p. 220), autrichien et suisse (p. 220), ou encore suédois (p. 221) ; D. Tallon : « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Droit et vie des affaires*, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag, Paris ; Litec, 1997, p. 403-417, spéc. p. 406 où l'auteur mentionne l'exemple algérien ou encore néerlandais.

²⁷⁵ D. Tallon : « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements du droit comparé », précité, p. 411 ; B. Fauvarque-Cosson : « Le changement de circonstances », précité, n°13 et s.

²⁷⁶ R. David : « l'imprévision dans les droits européens », précité, p. 228.

²⁷⁷ B. Fauvarque-Cosson : « Le changement de circonstances », précité, n°1.

²⁷⁸ V. art. 6.2.1 et s. des Principes Unidroit ; et en droit européen : art. 7. 101 principes de droit européen des contrats ; art. III-1 : 110 du Projet de cadre commun de référence ; art. 89 de la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011 (COM (2011) 635 final) ; Adde, pour une application sur le fondement de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 : B.

principe de refus de la théorie de l'imprévision n'en empêche pas des applications exceptionnelles.

297. Les applications exceptionnelles de la théorie de l'imprévision en droit privé français avant l'ordonnance du 10 février 2016²⁷⁹. Outre certaines lois ponctuelles²⁸⁰, certaines règles du droit privé français peuvent être regardées comme des consécutions législatives de la théorie de l'imprévision. Le législateur intervient en effet dans certains domaines, prévoyant des règles qui peuvent apparaître comme des applications de la théorie de l'imprévision. Il en va ainsi de la possible révision du prix dans les contrats de bail à ferme, en cas de perte par cas fortuit d'au moins la moitié de la récolte de l'agriculteur²⁸¹, ou de la révision du loyer des baux commerciaux en cours de bail, celle-ci étant encadrée par la loi²⁸², mais pouvant entraîner une variation plus importante du prix du bail en cas de « modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné elle-même une variation de plus de 10% de la valeur locative »²⁸³. Un autre exemple est celui d'une révision judiciaire des conditions et charges grevant les donations ou legs qu'a reçus un gratifié quand, par « suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable »²⁸⁴. Si le cas fortuit qui conduit à une perte de sa récolte pour le preneur d'un bail à ferme semble plus proche d'une exonération de responsabilité contractuelle, la modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ou le changement de circonstances rendant extrêmement difficile ou dommageable l'exécution des charges d'un legs ou d'une donation peuvent apparaître comme des applications de l'imprévision en droit privé français. Pourtant, en matière de baux commerciaux, l'intervention du juge n'est *a priori* pas indispensable pour que la révision du loyer soit acquise. Il n'y a donc guère qu'en matière de donations et legs que se trouve une application stricte de la théorie de l'imprévision, qui voit le juge adapter la libéralité après le changement de circonstances. Cet

Fauvarque-Cosson : « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », note Cour de cassation belge, 19 juin 2009, RDC, n°4-2010, p. 1405.

²⁷⁹ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016, précitée, qui consacre dans le Code civil une prise en considération de l'imprévision, à l'art. 1195.

²⁸⁰ V. pour des dispositions prises après des périodes de guerre : L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*, précité, n°311 et s.

²⁸¹ Art. 1769-1773 C. civ. la règle étant supplétive ; l'ex. est parfois pris en doctrine, (v. par ex. : J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau : *op. cit., loc. cit.*), mais la question peut se poser de savoir s'il ne peut s'agir d'une application, dans ce domaine particulier, de l'art. 1148 C. civ. qui exonère le contractant de sa responsabilité contractuelle en cas de force majeure ou cas fortuit. Sur ces dispositions, prises par un auteur parmi d'autres exemples comme faisant référence à l'imprévu mais ne pouvant être considérées comme une application de la théorie de l'imprévision, v. L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*, précité, n°292-293.

²⁸² Art. L. 145-34 C. com.

²⁸³ Art. L. 145-38 C. com.

²⁸⁴ Art. 900-2 et s. C. civ. ; Sur cet ex. v. L. Thibierge : *op. cit.*, n°315.

exemple, inséré en 1984 dans le Code civil²⁸⁵, s'il n'est pas l'unique disposition évoquant la révision des contrats en cours d'exécution, paraît être l'unique cas d'application de la théorie de l'imprévision *stricto sensu*. Une jurisprudence a par ailleurs considéré qu'une obligation affectée par un bouleversement du contexte économique pouvait la rendre sérieusement contestable, de sorte que son exécution ne peut pas être demandée devant le juge des référés²⁸⁶. L'interprétation de cet arrêt a été partagée en doctrine, et il a pu être considéré comme une adoption de la théorie de l'imprévision en droit civil français²⁸⁷, mais sa portée semble devoir être ramenée à la juste mesure d'une problématique de procédure civile²⁸⁸, et ne pas aller jusqu'à un revirement par rapport à la jurisprudence de 1876. Cette application très exceptionnelle ne semble pas satisfaire une large part de la doctrine, qui se montrait favorable à une consécration légale plus générale de la théorie de l'imprévision.

298. La volonté doctrinale de consécration de la théorie de l'imprévision. Une partie de la doctrine s'est montrée favorable à la consécration en droit français de la théorie de l'imprévision, c'est-à-dire favorable à une adaptation du contrat par un juge en cas de changement imprévu de circonstances au moment de l'exécution du contrat, qui vient déséquilibrer les obligations des parties, en rendant par exemple excessivement onéreuse

²⁸⁵ La loi n°84-562 du 4 juillet 1984 permettant la révision des conditions et charges apposées à certaines libéralités, qui crée les art. 900-2 et s. du Code civil, apparaît comme un des rares exemples de lois spécifiquement prises par le législateur pour admettre une révision pour imprévision dans une matière.

²⁸⁶ Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369 (non publié), précité ; l'arrêt se prononce sur le fondement de l'article 873 al. 2 du C. pr. civ. qui prévoit que « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il [Le juge des référés] peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire » ; Sur cet arrêt, outre les notes citées ci-dessous, v. P. Deumier : « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », RTD Civ., 2011, p. 87 ; S. Armani Mekki, B. Fauvarque-Cosson : chr. « Droit des contrats », D. 2011, p. 472, où les auteurs expliquent que « non seulement le juge ne peut pas réviser le contrat, mais il doit constater la disparition de la cause pour pouvoir prononcer la caducité de ce contrat ».

²⁸⁷ V. en ce sens, la note sous arr. de D. Mazeaud : « L'arrêt Canal « moins » ? », D. 2010, p. 2481 ; la note de T. Genicon : « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », D. 2010, p. 2485, où l'auteur, montrant cet aspect de l'arrêt, se montre défavorable à un tel revirement ; la note sous arr. de T. Favario : « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion », JCP, G, 2010, 1056.

²⁸⁸ V. en ce sens : la note de L. Aynès et P. Stoffel-Munck : « imprévision et force majeure », in Chr. « Mai-novembre 2010 : des revirements qui se précisent par réalisme et logique », Dr. et patr., 02-2011, n°200, p. 64, spéc. p. 68-69 ; la note de B. Fages : « Le déséquilibre résultant d'une évolution des circonstances économiques peut-il rendre sérieusement contestable, au sens de l'article 873 alinéa 2 du Code de procédure civile, l'obligation dont une partie sollicite l'exécution devant le juge des référés ? », RTD Civ., 2010, p. 782 ; la note de D. Houtcieff : « De la caducité de l'obligation en cas de disparition de la contrepartie convenue », in Chr. « Droits des contrats », Gaz. Pal., 13 janv. 2011, n°13, p. 17 ; la note d'E. Savaux : « Frémissement en matière d'imprévision », RDC, n°1-2011, p. 34, qui relève que « l'arrêt ne consacre évidemment pas la révision du contrat pour imprévision », mais montre « la nécessité qu'il y a à régler rapidement, par voie législative, ce genre de question » ; la note sous arr. de S. Le Gac-Pech : « L'équilibre du contrat au travers de la cause : un substitut à la théorie de l'imprévision ? », JCP, E, 2010, 2108, où il est énoncé que « on ne peut sans trop forcer le trait y voir l'admission de la théorie de l'imprévision » ; la note de J.- B. Seube : « clauses d'intangibilité et l'imprévision », in Chr. « technique contractuelle », JCP, E, 2010, 2134, où l'auteur insiste, même si « l'arrêt n'est pas publié et ne concerne qu'une question de procédure », sur la nécessité pour les rédacteurs de contrats de « soigneusement encadrer l'imprévision ».

l'obligation de l'une d'elles²⁸⁹. De même, les auteurs partisans de la doctrine du solidarisme contractuel, qui propose de donner un rôle plus important au juge, sont majoritairement en faveur de la consécration de la théorie de l'imprévision²⁹⁰. Néanmoins, une autre partie de la doctrine, moins favorable à une intervention nécessairement judiciaire, propose de dépasser la théorie de l'imprévision en ce qu'elle suppose un recours au juge, et plaide pour la consécration d'un devoir de renégociation, par lequel l'adaptation du contrat serait réalisée non pas par un juge, mais par les parties elles-mêmes, à la suite d'une renégociation²⁹¹. Fondé sur l'exigence de bonne foi au stade de l'exécution du contrat²⁹², ce devoir de renégociation a pu être appliqué en jurisprudence²⁹³. Le fait même d'exécuter le contrat sans prendre en compte le

²⁸⁹ J.- P. Chazal : *De la puissance économique en droit des obligations*, th. dactyl. dir. D. Lefevre, Université de Grenoble II, 1996, n°807-808 ; L. Fin-Langer : *L'équilibre contractuel*, précité, n°537 ; R. David : « l'imprévision dans les droits européens », précité, p. 228 ; B. Fauvarque-Cosson : « Le changement de circonstances », précité, n°22 et s.

²⁹⁰ V. sur ce point, *supra*, n°100 et s. ; R. Demogue : *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1932, n°637, où l'auteur estime que : « Le contrat qui est une chose vivante, ne peut être absolument rigide. Vivre, c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale. La révision du contrat s'impose donc. » ; *Adde*, pour une synthèse : L. Thibierge : *op. cit.*, n°317-332.

²⁹¹ V. parmi d'autres : P. Stoffel-Munck : *Regards sur la théorie de l'imprévision*, précité, n°164 ; G. Chantepie : *La lésion*, précité, n°319 ; L. Thibierge : *op. cit.*, n°796 et s. où l'auteur, étudiant les modalités de traitement de l'imprévu, rejette la révision judiciaire du contrat pour lui préférer une révision conventionnelle ; P. Lemay : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, précité, n°245 ; J.- P. Delmas Saint-Hilaire : « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. P. Durand, Paris : LGDJ, 1960, p. 189-233, spéc. n°4 et 29 ; B. Fages : *Droit des obligations*, précité, n°344 ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *Droit des obligations*, précité, n°214-215 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, précité, n°763 ; M. Poumarède : *Droit des obligations*, précité, n°463 ; L. Aynès : « Le devoir de renégocier », RJ Com., n°11-1999, n° spécial : « Le contrat au secours de l'entreprise, les modes contractuels de résolution des conflits », colloque, Deauville, 12 et 13 juin 1999, dir. Y. Chaput, p. 11-21 spéc. n°16 et s. ; du même auteur, v. : « L'imprévision en droit privé », RJ Com., n°5-2005, p. 397-406, spéc. p. 404 et s. ; P. Catala : « La renégociation des contrats », in *Etudes de droit privé*, mélanges offerts à P. Didier, Paris : Economica, 2008, p. 91-99, spéc. p. 97 ; L. Leveneur : « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, mélanges offerts à P. Didier, Paris : Economica, 2008, p. spéc. n°26 ; T. Genicon : « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », D. 2010, p. 2485.

²⁹² Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. préf. G. Couturier, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 208, 1989, n°189-190 ; P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, n°130 et s. ; L. Grynbaum : *Droit civil, les obligations*, 2^{ème} éd., Paris : Hachette supérieur, coll. HU Droit, 2007, n°304, où l'auteur indique que « la bonne foi aura des effets correcteurs quand on pourra l'invoquer en cas d'évolution du contexte économique » ; L. Aynès : « Le devoir de renégocier », précité, spéc. n°18 : « Exiger l'exécution du contrat devenu inadapté aux circonstances économiques, c'est être de mauvaise foi », et l'auteur estime que « le devoir de renégociation est une expression de la bonne foi » ; L. Thibierge : *op. cit.*, n°798 et s.

²⁹³ V. : Cass. com., 3 nov. 1992, *Huard*, n°90-18.547, Bull. civ., IV, n°338, où la Cour estime « qu'en privant M. X de pratiquer des prix concurrentiels, la société n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi » ; D. 1995, p. 85 : « Un fournisseur n'exécute pas de bonne foi le contrat d'approvisionnement exclusif en privant le distributeur des moyens de pratiquer des prix concurrentiels », note D. Ferrier ; RTD Civ., 1993, p. 124 : « Une bonne foi franchement conquérante... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », note J. Mestre ; JCP G, 1993, II, 22164, note sous arr. G. Virassamy ; Cass. com., 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche*, n°96-18.357, Bull. civ., IV, n°277 ; RTD Civ., 1999, p. 98, note J. Mestre ; JCP, G, 1999, I, 143, note C. Jamin ; JCP, G, 1999, II, 10210, note sous arr. Y. Picod ; La solution ne semble être toutefois confirmée qu'à contrario par la première chambre civile, v. : Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, n°01-15.804, Bull. civ. I, n°86, où la Cour de cassation constate, pour rejeter le pourvoi, que la Cour d'appel avait relevé que la société « mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat » et non pas le refus de ses partenaires « de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et de renégocier les modalités » du contrat ; A contrario, si le devoir de renégociation fondé sur le bonne foi ne peut amener les parties à remédier à un déséquilibre

changement de circonstances caractérise alors la mauvaise foi²⁹⁴, la jurisprudence condamnant dans ces espèces, selon un auteur, une « pratique contractuelle »²⁹⁵. La reconnaissance d'un devoir de renégociation présente en outre l'avantage de ne pas forcément nécessiter de modification législative, puisque l'exigence d'exécution des conventions de bonne foi est incluse dans le Code civil²⁹⁶, mais s'inscrit aussi comme une voie médiane entre le refus classique de la théorie de l'imprévision et sa consécration législative²⁹⁷. Le devoir de renégociation permet en effet de faire reposer la prise en compte du changement de circonstances sur les parties, et non sur le juge. La tendance doctrinale de recours au juge semble ainsi laisser place à la consécration, il est vrai préférable, d'un devoir de renégociation qui s'en remet aux parties pour tirer les conséquences du changement de circonstances. Les projets de réforme du droit des contrats paraissent consacrer cette vision dans la consécration du changement de circonstances²⁹⁸.

originaires, il est possible d'en déduire que ce devoir peut être consacré si le déséquilibre est dû à une modification imprévue des circonstances économiques ; RLDC, 2004/6, n°222, p.5, note D. Houtcieff ; D. 2004, p. 1754, note sous arr. D. Mazeaud ; JCP, E, 2004, 737, note O. Renard-Payen ; RTD Civ., 2004, p. 290, note J. Mestre et B. Fages ; RDC, n°3-2004, p. 642, note D. Mazeaud ; CCE, 2004, comm. 119, note P. Stoffel-Munck ; P. Aff., 28 juin 2004, n°128, p. 18, note sous arr. C. Gavoty et O. Edwards ; RJ Com., 9/2005, p.397-406, note L. Aynès ; *Adde* : J. Ghestin : « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », D., 2004, p. 2239 et *contra* : A. Bénabent : « Doctrine ou Dallas ? », D. 2005, p. 852.

²⁹⁴ L. Aynès : « Le devoir de renégocier », précité, n°18.

²⁹⁵ *Idem*, n°16 : « C'est l'adaptation du contrat à des circonstances économiques nouvelles qui est en cause, ces arrêts [*Huard et Chevassus-Marche*] condamnent une pratique contractuelle, une manière d'exécuter le contrat plutôt qu'un refus délibéré de modifier celui-ci ».

²⁹⁶ Art. 1134 al. 3 C. civ.

²⁹⁷ Sur ce point, v. D. Tallon : « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements du droit comparé », précité, p. 414, où l'auteur voit cette obligation de renégociation comme « un contenu minimal d'une réforme » qu'il considère comme « souhaitable ».

²⁹⁸ Loin de consacrer une obligation de recours au juge en cas de changement de circonstances, les projets de réforme du droit des contrats lui préfèrent une renégociation, menée *a priori* par les parties, le juge n'officiant que dans un second temps soit pour contraindre à la renégociation, soit pour tirer les conséquences d'un échec dans les renégociations ; V. ainsi : art. 1135-1 et s. de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription du 22 sept. 2005 qui semble inciter les parties à prévoir des stipulations permettant une renégociation, et permet, en l'absence de telles stipulations, un recours au juge pour que celui-ci ordonne une nouvelle négociation ; Sur ce point, v. P. Catala : « La renégociation des contrats », précité, spéc. p. 95 et s. ; art. 92 du projet de l'académie des sciences morales et politiques (dir. F. Terré) prévoit un devoir de renégociation en cas « d'exécution devenue excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible de circonstances », et une possibilité pour le juge d'adapter le contrat en l'absence d'accord entre les parties ; sur ce texte, v. D. Fenouillet : « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in F. Terré (dir.) : *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 243-247 ; Le premier projet de la Chancellerie prévoyait dans son art. 136 une possibilité de renégociation en cas de changement de circonstances imprévisible, ainsi qu'une adaptation par le juge en cas d'échec de la renégociation, mais sur accord des parties ; Sur ces projets, v. J. Heinich : *op. cit.*, n°183 et s. ; E. Savaux : « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », RDC, n°3-2014, p. 1057 ; Puis, dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 22 oct. 2013 de la Chancellerie, un texte similaire au premier projet de la Chancellerie est repris dans l'art. 104, qui prévoit une possibilité de renégociation, et une adaptation du contrat par le juge en cas d'échec de la renégociation, mais sur accord des parties ; Enfin, le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, publié par la Chancellerie le 25 fév. 2015 prévoit dans son art. 1196 une disposition également similaire aux précédents projets, qui prévoit une possibilité de renégociation sur demande de la partie qui supporte les effets du changement de circonstances imprévisible, et une intervention du juge sur demande des parties, d'un commun accord, pour procéder, en cas d'échec de la renégociation, à une adaptation du contrat, ou pour mettre fin

299. La consécration de la théorie de l'imprévision par la réforme de 2016. L'une des « innovations majeures »²⁹⁹ de l'ordonnance du 10 février 2016 est la prise en compte de l'imprévision. Aussi, le nouvel article 1195 du Code civil prévoit un mécanisme en cas de changement de circonstances imprévisibles. Celui-ci consiste à donner la possibilité à celui qui subit ce changement, de demander une modification du contrat³⁰⁰. Ensuite, si les renégociations échouent ou n'ont pas lieu, le texte prévoit que les parties peuvent résoudre le contrat³⁰¹. Ces prérogatives qui paraissent innovantes existaient en réalité déjà avant la réforme, puisque les parties peuvent toujours renégocier leur contrat et peuvent, d'un commun accord, y mettre fin. De ce point de vue, le mécanisme n'est pas particulièrement original, et paraît consacrer les opinions doctrinales qui se fondaient sur la bonne foi pour tendre à reconnaître des effets à l'imprévision. Cela permettait, au contraire de la théorie classique de l'imprévision qui supposait un recours au juge, de préférer s'en remettre à la renégociation entre les parties pour tirer les conséquences sur le contrat du changement de circonstances. De ce point de vue, et même si le législateur ne lie pas ces dispositions nouvelles à la bonne foi, la réforme n'est donc pas fondamentalement innovante. En revanche, la loi paraît davantage consacrer la théorie de l'imprévision lorsqu'elle prévoit le recours au juge. Les parties peuvent en effet demander, ensemble, au juge de procéder à l'adaptation du contrat³⁰². De même, la partie qui subit le changement de circonstances peut également demander au juge, au cas où la première demande n'a pas fait l'objet d'un accord entre les parties³⁰³, de réviser le contrat ou d'y mettre fin. Dans cette dimension, la théorie de l'imprévision, qui suppose un recours au juge se trouve consacrée en droit commun, même s'il faut reconnaître que le juge a un rôle secondaire, et que

au contrat ; Sur ce point, cf. : P. Dupichot : « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, colloque, Paris, 2015, dir. P. Stoffel-Munck, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 73-79 ; Il est possible de retrouver un mécanisme identique dans les principes Unidroit (art. 6.2.3) ; dans la proposition de règlement relative à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011 (art. 89) ; dans les principes de droit européen des contrats (art. 7 : 101) ; dans le projet de Code européen de droit des contrats (art. 97) ; *Contra* : le projet de Cadre commun de référence (art. III-1 : 110) prévoit une modification ou une fin du contrat décidée en raison d'un changement de circonstances par un tribunal.

²⁹⁹ Pour reprendre les termes du rapport au président de la République relatif à l'ord. n°2016-131, dans sa partie relative à l'art. 1195 ; *Adde* : art. 6, 6° de la loi n°2015-177 du 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, qui prévoyait que l'ordonnance devrait prévoir des règles dans ce domaine.

³⁰⁰ Art. 1195 C. civ. : « 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 ».

³⁰¹ Art. 1195 al. 2 C. civ. : « 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 ».

³⁰² Art. 1195, al. 2. C. civ. : « [les parties peuvent] demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation ».

³⁰³ Art. 1195, al. 2, *in fine* C. civ. : « 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 ».

ce sont les parties qui doivent d'abord tenter de renégocier le contrat. Mais, l'imprévision se trouvait d'ores et déjà consacrée en droit positif, en droit des pratiques restrictives de concurrence.

2. La consécration précédente de la prise en compte de l'imprévision en droit des pratiques restrictives de concurrence.

300. Pratiques restrictives de concurrence et devoir de renégociation. Le droit des pratiques restrictives de concurrence peut être analysé comme donnant effet à une forme d'imprévision, au stade de l'exécution du contrat. Néanmoins, en l'absence de recours systématique au juge, il ne peut s'agir d'une consécration, par ce droit spécial, de la théorie de l'imprévision, telle qu'elle existe en droit civil. Il s'agit en réalité de privilégier la renégociation par les parties, d'éviter que celles-ci ne continuent l'exécution d'un contrat déséquilibré par un changement imprévisible de circonstances sans le prendre en considération, et de ne sanctionner que les refus de renégocier³⁰⁴, ou les échecs dans la renégociation. Sur ce point, le droit commun paraît avoir retenu cette logique, en privilégiant également la renégociation des parties, avant tout recours au juge, qui ne peut être envisagé qu'en l'absence de cette renégociation ou si celle-ci n'a pas permis de tirer des conséquences sur le contrat du changement de circonstances³⁰⁵.

301. Le devoir de renégociation consacré explicitement par le droit de la transparence. Un devoir de renégociation est expressément consacré par le droit de la transparence, par l'article L. 441-8 du Code de commerce³⁰⁶. Plus précisément, ce texte oblige les parties à certains contrats³⁰⁷ à stipuler des clauses de renégociation qui permettent la prise en compte des fluctuations des prix des matières premières agricoles. Le fait que ces clauses

³⁰⁴ A titre liminaire, il convient de relever que le refus de renégocier peut, dans le domaine voisin du droit des pratiques anticoncurrentielles, constituer la pratique d'abus de position dominante, sur ce point, v. A.-. S. Choné : *Les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, th. préf. B. Teyssié, Paris : Economica, coll. Recherches juridiques, 2010, n°48. Néanmoins, la caractérisation de cette pratique nécessite que soient réunies les conditions de celle-ci (une position dominante sur un marché, et une atteinte sur ce marché en particulier), ce qui rend la sanction du refus de renégocier sur ce fondement relativement difficile, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il est atteint par le droit des pratiques restrictives de concurrence, qui ne requiert pas ni la démonstration d'une position dominante, ni la caractérisation d'une atteinte, par la pratique, au marché.

³⁰⁵ Cf. art. 1195 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131.

³⁰⁶ Sur ce texte, v. : M. Béhar-Touchais : « La théorie de l'imprévision revue et corrigée par le droit commercial : quand la clause de hardship est imposée sous peine d'amende administrative », RLC, 7-2013, n°36, p. 54-55 ; « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de *hardship* imposée sous peine d'amende administrative », RDC, n°4-2013, p. 1431.

³⁰⁷ Le texte vise « les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente des produits figurant sur la liste prévue par le deuxième alinéa de l'article L. 442-9 », c'est-à-dire « les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de productions, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche ou de l'aquaculture ».

soient obligatoires, sous peine de sanctions administratives³⁰⁸, permet d'y voir une illustration du devoir de renégociation. Mais, son introduction récente³⁰⁹ ne doit pas masquer une consécration plus large du devoir de renégociation par le droit des pratiques restrictives de concurrence.

302. L'obligation de se soumettre au devoir de renégociation d'un contrat déséquilibré par un bouleversement des circonstances sous peine de qualification en pratique restrictive de concurrence. Une ou plusieurs des clauses d'un contrat, ou son exécution même peut apparaître, à la suite d'un changement imprévisible de circonstances, comme une pratique restrictive de concurrence de soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties³¹⁰. Le droit des pratiques restrictives de concurrence appréhende des faits juridiques, même si ceux-ci se déroulent durant l'exécution d'un contrat, ou même s'ils prennent la forme de clauses. En cas de changement de circonstances, le fait juridique qui est atteint n'est pas le changement de circonstances en lui-même, mais la « pratique contractuelle »³¹¹ qui peut en découler, celle qui consiste à « exiger l'exécution du contrat devenu inadapté aux circonstances économiques »³¹², ou à demander l'application d'une clause devenue inadaptée à ces circonstances. Cette pratique qu'un auteur qualifie « d'expression de la mauvaise foi »³¹³ en droit commun, constitue une pratique restrictive de concurrence dans les contrats qui relèvent du domaine de cette matière. Il est possible d'y adjoindre la pratique consistant à refuser, dans cette situation, la renégociation du contrat. Il s'agit en effet de la soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties³¹⁴. Le devoir de renégociation, qui permet la prise en considération d'un changement imprévisible de circonstances qui déséquilibre le contrat des parties au stade de l'exécution, se trouve ainsi consacré en droit des pratiques restrictives de concurrence, de sorte que les parties qui sont soumises à ces règles sont soumises à ce devoir. La sanction, en cas de refus de renégociation, ou même en cas d'échec des renégociations, pourra être la qualification de pratique restrictive de concurrence, qui permet la mise en œuvre

³⁰⁸ Art. L. 441-8, al. 4 C. com. : « Le fait de ne pas prévoir de clause de renégociation conforme aux deux premiers alinéas du présent article, de ne pas respecter le délai fixé au troisième alinéa, de ne pas établir le compte rendu prévu au même troisième alinéa ou de porter atteinte, au cours de la renégociation, aux secrets de fabrication ou au secret des affaires est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale ».

³⁰⁹ Le texte est issu de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, art. 125, II.

³¹⁰ Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

³¹¹ L. Aynès : « Le devoir de renégociation », précité, n°16.

³¹² *Idem*, n°18

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ Cf. *Supra*, n°293.

de la responsabilité. La clause contractuelle dont on demande l'exécution peut ainsi, en cours d'exécution du contrat, être qualifiée de pratique restrictive de concurrence.

303. Conclusion de la section. La conclusion d'un contrat entre deux professionnels n'est pas de nature à empêcher les faits juridiques de survenir dans leurs relations. Ces faits juridiques peuvent recevoir la qualification de pratique restrictive de concurrence quel que soit le moment où ils surviennent³¹⁵. Ils peuvent également être atteints alors qu'ils ont l'apparence d'une clause, puisque le droit des pratiques restrictives de concurrence appréhende les clauses de contrats lorsqu'elles ont pour effet une telle pratique. Certaines clauses sont ainsi qualifiées de faits juridiques, dès la conclusion du contrat, malgré leur apparence de clause appartenant à un acte juridique, via une opération de requalification. D'autres peuvent, au stade de l'exécution du contrat, passer de l'acte juridique au fait juridique, c'est-à-dire de l'effet juridique voulu par les parties à l'effet juridique indépendant de leur volonté. Il s'agit du cas du changement imprévisible des circonstances économiques. La poursuite de l'exécution de certaines clauses peut alors se révéler être une pratique restrictive de concurrence, de même que le refus de renégocier afin d'adapter le contrat au changement des circonstances, source de déséquilibre.

304. Conclusion du chapitre. Au terme de ce chapitre, se dégage un critère de qualification des clauses qui ont pour objet ou pour effet une pratique restrictive de concurrence. Ce critère réside dans la caractérisation d'un fait juridique. En effet, la présence d'un acte juridique entre des parties n'empêche pas des faits juridiques de survenir, et le législateur saisit parfois ces faits, particulièrement en droit des pratiques restrictives de concurrence. Il est alors possible de qualifier une clause de pratique restrictive de concurrence, si celle-ci est considérée comme dépassant la volonté exprimée par les parties lors de la conclusion de leur contrat, ou comme ayant des effets indépendants de cette volonté. La qualification de fait juridique d'un fait qui a l'apparence d'une clause suppose, au stade de la conclusion du contrat d'en revenir aux points sur lesquels la volonté s'est accordée, qui, de faits juridiques, basculent vers la qualification d'acte juridique, pour déterminer ceux sur lesquels la volonté ne s'est pas accordée et qui demeurent des faits juridiques. Ces faits juridiques peuvent alors recevoir la qualification de pratique restrictive de concurrence. Il est également possible de qualifier une clause de pratique restrictive de concurrence lorsque

³¹⁵ Le fait qui survient lors de la négociation peut ainsi, même après la conclusion du contrat, être appréhendé par le droit des pratiques restrictives de concurrence. De même, le fait qui survient lors de l'exécution, comme par exemple le non-respect des délais de paiement prévus par la loi, peut être appréhendé par le droit des pratiques restrictives de concurrence.

l'exécution de celle-ci dépasse la volonté exprimée par les parties, ou les prévisions des parties. Le dépassement de la volonté des parties ne peut être qu'un fait juridique, et le contractant qui demande l'exécution d'une clause ou d'un contrat qui a été déséquilibré à la suite d'un changement imprévisible de circonstances doit être regardé comme mettant en œuvre une pratique restrictive de concurrence, bien qu'il semble se fonder sur l'acte juridique. Afin d'éviter cette qualification, il est nécessaire de mettre en place une renégociation du contrat, dans le but de parvenir à un nouvel accord de volontés qui adapte l'acte juridique au changement imprévisible de circonstances. Le critère du fait juridique au sein de l'acte juridique est particulièrement adapté à la qualification des clauses qui ont pour effet une pratique restrictive de concurrence. Le critère permet l'appréhension des pratiques restrictives de concurrence d'origine interne à la relation des parties, mais aussi externe, comme par exemple l'évolution du contexte économique dans lequel le contrat avait été conclu. Il a également vocation à s'appliquer tant au stade de la conclusion du contrat, qu'au stade de son exécution, puisque des faits juridiques peuvent exister entre les parties dès l'origine, mais aussi apparaître en cours d'exécution, même sous l'apparence d'une clause. Le critère permet également de recouvrir certaines constructions doctrinales, comme la violence économique, ou la dépendance économique, qui peuvent être vues comme des comportements, et partant, des faits juridiques, que le droit des pratiques restrictives de concurrence peut appréhender.

305. Conclusion du Titre 2 : Le critère de qualification d'une clause en pratique restrictive de concurrence. Au terme de ces recherches qui ont conduit à l'élimination de certains critères qui auraient pu être vus comme permettant la qualification d'une clause en pratique restrictive de concurrence, la dépendance économique et le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, le critère du fait juridique au sein de l'acte juridique apparaît comme le critère de qualification d'une clause en pratique restrictive de concurrence. La clause ne doit alors être considérée que comme ayant une simple apparence d'acte juridique, alors qu'en réalité, il s'agit d'un fait juridique. Le fait juridique peut aussi survenir en cours d'exécution du contrat, et même atteindre une clause à ce stade, et être sanctionné par le droit des pratiques restrictives de concurrence.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

306. Effet de la qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause : la requalification. La possibilité de la qualification d'une clause en pratique restrictive de concurrence ne fait plus guère de doutes. Pourtant, les clauses et les pratiques, sous leurs terminologies modernes, ne sont que des exemples d'actes juridiques pour les clauses et de faits juridiques pour les pratiques, notions incluses dans le droit positif de très longue date. La définition des clauses et des pratiques a ainsi permis la mise en évidence de leur nature, pour aboutir à dépasser l'écran moderne qu'elles peuvent constituer, qui peut faire perdre de vue cette nature. Pourtant, la possibilité de qualification d'une clause, acte juridique, en pratique restrictive de concurrence, fait juridique n'allait pas de soi, puisqu'elle suppose une assimilation des deux notions, dont chacun sait qu'elles sont nettement distinctes. Il existe pourtant des exemples d'assimilation, mais il faut reconnaître que l'assimilation des clauses et des pratiques est pleinement réalisée dans le droit des pratiques restrictives de concurrence. Les clauses peuvent donc être qualifiées de pratique restrictive de concurrence. Mais, en matière de qualification, la question du critère se présente avec une certaine acuité. La question est alors de savoir comment distinguer la clause de la pratique restrictive de concurrence. Il a été proposé que la clause imposée en raison d'une dépendance économique soit une pratique restrictive de concurrence, ou même que la clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est une pratique restrictive de concurrence. Il est vrai qu'il s'agit d'exemples, mais qui ne permettent pas de recouvrir l'ensemble des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. La réponse à la question conduit à en revenir à la nature de chacune des deux notions, d'acte et de fait juridique. La catégorie des actes juridiques est vue comme une partie de la catégorie des faits juridiques, ce qui implique nécessairement que la catégorie des clauses contractuelles soit vue comme une partie de la catégorie des pratiques restrictives de concurrence. L'acte juridique peut être vu comme un ensemble de clauses, mais aussi comme un entremêlement d'actes juridiques et de faits juridiques qui ne reçoivent pas tous la qualification d'acte juridique, puisque celle-ci suppose l'expression de la volonté des parties destinée à produire un effet juridique. Certains des faits juridiques qui se produisent à l'occasion de l'acte juridique peuvent recevoir la qualification de pratique restrictive de concurrence. Néanmoins, la qualification des clauses en pratiques restrictives de concurrence nécessite une requalification. La clause est *a priori* une partie de l'acte juridique, mais elle peut être parfois considérée comme un fait juridique, en raison de l'absence d'expression de la volonté des parties destinée à produire un effet de droit quant à elle. La clause est alors

requalifiée en fait juridique, et se trouve qualifiable de pratique restrictive de concurrence. Au-delà de la clause elle-même, son exécution peut également dépasser le champ de l'acte juridique pour se trouver requalifié en fait juridique. L'exécution excessivement onéreuse à la suite d'un changement imprévisible de circonstances survenu après la conclusion du contrat ne peut être qualifiée que de fait juridique, puisque la volonté ne s'est, par définition, pas prononcée sur un événement imprévisible. Ce fait juridique, même s'il consiste en la demande d'exécution d'une clause, peut être pareillement qualifié de pratique restrictive de concurrence, et seule une renégociation peut faire entrer dans l'acte juridique les effets du changement de circonstances.

307. Objet de la qualification : la contestation de la clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence. La qualification d'une clause en pratique restrictive de concurrence passe ainsi nécessairement par l'étape de la requalification en fait juridique de cette partie apparente d'un acte juridique. Comme l'acte juridique peut être considéré comme une catégorie incluse dans celle de fait juridique, la clause peut être considérée comme incluse dans la catégorie des pratiques, il ne s'agit que d'un type particulier de pratiques. En tant que pratique restrictive de concurrence, cette clause pourra, comme l'ensemble de ces pratiques, être contestée.

DEUXIEME PARTIE : LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.

308. La contestation comme finalité de la qualification. La contestation d'une clause revient à « en nier l'existence »¹, à « ne pas reconnaître le droit »² qu'elle confère à l'auteur de la pratique. La qualification d'une clause en pratique restrictive de concurrence, en raison de son appartenance à la catégorie des faits juridiques que sont les pratiques, suppose une contestation de cette clause dans sa nature même d'acte juridique. La clause entre alors pleinement dans la définition de la pratique restrictive de concurrence³, en ce qu'elle désigne un ensemble de règles posant des interdictions de certaines pratiques commerciales unilatérales, dans un but de protection des intérêts des acteurs économiques, ou d'un contractant à l'occasion d'un rapport contractuel passé, présent ou à venir, et indépendamment de tout effet sur la concurrence. La qualification de la clause en pratique restrictive de concurrence permet sa contestation, non plus simplement sur des fondements de droit des obligations, mais sur le fondement de cette matière. Il s'agit alors, non pas de la contestation d'une clause, mais bien de celle d'une pratique, même si celle-ci prend l'apparence d'une clause. La contestation ne pourra alors avoir lieu qu'en suivant le régime prévu par le droit des pratiques restrictives de concurrence, ce qui ne va pas sans mettre au jour l'ambivalence de la matière (Titre 1). La contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence invite alors également à s'interroger sur les moyens de sortir de cette ambivalence (Titre 2).

¹ E. Littré : *Dictionnaire de la langue française*, V° « contester », sens 2.

² *Idem*, sens 1.

³ Sur celle-ci, v. *Supra*, n°22.

TITRE 1^{ER} : L'AMBIVALENCE DE LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIÉES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.

309. Le moment de la contestation comme reflet de l'ambivalence de la matière. Le droit des pratiques restrictives de concurrence est une branche du droit de la concurrence, qui en comporte plusieurs autres que sont le droit des pratiques anticoncurrentielles, mais aussi le droit des concentrations ou encore des aides d'état. Construit au fil du temps, par des lois différentes, le droit des pratiques restrictives de concurrence peut apparaître comme un droit qui cherche sa cohérence¹. Ce sentiment ne peut être que renforcé à l'étude des modalités de contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. En effet, le droit des pratiques restrictives de concurrence sanctionne des pratiques, notion qui englobe des clauses, même si cela passe par une requalification de ces clauses en pratiques. La contestation de la clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence a ainsi un objectif, le prononcé d'une sanction. La clause dont il est question étant requalifiée en fait juridique, la sanction qui vient immédiatement à l'esprit est la responsabilité civile délictuelle de l'auteur de la pratique. La solution n'est pas neuve et le droit de la responsabilité civile délictuelle a été à l'origine de la concurrence déloyale, importante construction jurisprudentielle qui a largement préexisté au droit de la concurrence tel qu'il est aujourd'hui consacré au sein du Livre IV du Code de commerce. Le recours à la responsabilité de l'auteur de la pratique ne surprend donc pas, pas davantage que le fait qu'elle soit délictuelle, s'agissant d'un fait juridique. Pourtant, le régime des clauses qui ont pour effet des pratiques restrictives de concurrence ne se limite pas à la mise en jeu de la responsabilité délictuelle de leur auteur. Le droit des pratiques restrictives de concurrence fait coexister cette sanction avec un régime spécifique, aux aspects plus concurrentiels, avec notamment une action de l'autorité publique, qui implique que l'action de la victime de la pratique n'est pas indispensable pour que soit prononcée une sanction, mais aussi la possibilité de prononcer une amende, comme en matière de pratiques anticoncurrentielles². Cette dimension du droit des pratiques restrictives de concurrence le fait davantage ressembler au droit des pratiques anticoncurrentielles, et partant, au droit du marché, qu'au droit de la responsabilité civile. Cette hésitation qui se manifeste au moment de la contestation des clauses qui ont pour effet des pratiques restrictives de concurrence traduit un droit des pratiques restrictives de concurrence qui se cherche, entre protection du marché ou

¹ Cf. *Supra*, n°26.

² V. en matière de pratique anticoncurrentielles, la possibilité pour l'Autorité de la concurrence d'être saisie par le ministre de l'économie (art. L. 462-5 C. com.), ainsi que la possibilité de prononcer des sanctions pécuniaires (art. L. 464-2 C. com.).

applications particulières de la concurrence déloyale. Le régime de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence (chapitre 1), mais aussi le résultat de cette contestation (Chapitre 2) apparaissent alors comme le reflet de l'ambivalence du droit des pratiques restrictives de concurrence.

**CHAPITRE 1^{ER} : LE REGIME DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE
CONCURRENCE COMME REFLET DE L'AMBIVALENCE DU DROIT DES PRATIQUES RESTRICTIVES
DE CONCURRENCE.**

310. Coexistence de deux régimes. Le régime qui vient immédiatement à l'esprit s'agissant d'une pratique, c'est-à-dire un fait juridique, est celui de la responsabilité civile délictuelle. En effet, « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par le fait duquel il est arrivé à le réparer »¹. Applicable à une multitude de situations, ce texte a notamment été mis en œuvre en matière de concurrence déloyale. Il n'est donc pas surprenant que le régime des pratiques restrictives de concurrence, qui s'applique aux clauses ainsi qualifiées, passe par une mise en jeu de la responsabilité de l'auteur de la pratique, à l'image de ce qui a été construit en matière de concurrence déloyale. L'engagement de la responsabilité de l'auteur² est ainsi un premier aspect du régime (Section 1), mais n'est pas le seul. Le droit des pratiques restrictives de concurrence prévoit en effet un régime spécifique aux pratiques restrictives de concurrence, inspiré du droit des pratiques anticoncurrentielles, qui constitue un second aspect du régime (Section 2).

SECTION 1 : L'APPLICATION DU REGIME DE LA CONCURRENCE DELOYALE.

311. Responsabilité délictuelle de l'auteur de la pratique. Le régime de la concurrence déloyale apparaît relativement simple en ce qu'il consiste en l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur du fait de concurrence déloyale. Transposé aux pratiques restrictives de concurrence, il s'agit de la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique. Cette sanction réparatrice apparaît, en la matière, calquée sur la construction jurisprudentielle de la concurrence déloyale (§1), même s'il ne faut pas omettre qu'il s'agit de la sanction d'une pratique particulière, en ce qu'elle a reçu la qualification de clause contractuelle (§2).

§1 : La mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur de la pratique.

312. Annonce. Prévues par les textes, la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur de la pratique fait prendre au droit des pratiques restrictives de concurrence toute sa dimension protectrice de la victime de la pratique, en lui accordant une réparation du préjudice qu'elle a

¹ Art. 1240 C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, anc. art. 1382 C. civ.).

² Art. L. 442-6, I C. com. : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait (...) ».

subi. En cela, la contestation des clauses qui sont qualifiées de pratiques restrictives de concurrence passe par le même régime que la contestation des faits de concurrence déloyale, par l'engagement de la responsabilité civile délictuelle (A), et répond aux conditions classiques de cette matière (B).

A. La nature délictuelle de la responsabilité.

313. La sanction d'un fait juridique. L'analyse des pratiques restrictives de concurrence comme des faits juridiques fait ressortir la matière à une catégorie juridique qui fait naître une obligation de réparation d'un fait juridique ayant porté préjudice à un individu. Les clauses, qui peuvent recevoir la qualification de pratiques, appartiennent alors également à la catégorie des faits juridiques, et leur sanction sur ce fondement ne saurait, *a priori*, surprendre. Cependant, l'application de ce régime ne peut aller sans dissiper les doutes qui peuvent subsister, notamment en ce que cela pourrait être vu comme une incursion de la responsabilité délictuelle dans un rapport contractuel, qui normalement, lui échappe (1), ni sans souligner sa ressemblance avec la concurrence déloyale (2).

1. La responsabilité délictuelle malgré le rapport contractuel.

314. Position du problème. La requalification d'une clause ou, plus généralement, d'un comportement observé par une partie à l'occasion d'un rapport contractuel en fait juridique permet l'application des règles juridiques spécifiques à ce domaine. Cette application entraîne l'engagement de la responsabilité civile délictuelle si le fait illicite est commis dans l'intention de nuire³, ou quasi-délictuelle si ce fait illicite est commis sans intention de nuire⁴, malgré l'existence d'un rapport contractuel qui n'est pas qualifié de pratique dans sa globalité, et dont l'inexécution est soumise à la responsabilité contractuelle.

a. *La distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.*

315. Responsabilité contractuelle. En matière de responsabilité, la responsabilité délictuelle se trouve être une catégorie résiduelle, couvrant ce qui n'est pas atteint par la responsabilité contractuelle, ce qui impose de débiter par dessiner les contours de cette dernière. En matière contractuelle, l'inexécution d'une obligation peut donner droit, pour le

³ Art. 1240 C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1382 C. civ.) ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *Droit civil. Les obligations*, 11^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Précis, 2013, n°673.

⁴ Art. 1241 C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1383 C. civ.) ; *Ibidem*.

créancier de l'obligation inexécutée, à des dommages et intérêts⁵. Il s'agit d'un des remèdes à l'inexécution du contrat⁶. L'emploi du terme « responsabilité contractuelle » ne résulte pas du Code civil, qui ne mentionne que les dommages et intérêts⁷. C'est en effet la doctrine de la fin du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle qui a opéré un rapprochement entre ces dommages et intérêts contractuels et la responsabilité délictuelle, pour mettre en évidence l'unité de la responsabilité civile, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle⁸. Selon cette doctrine, l'inexécution du contrat est vue comme une faute, qui cause un dommage au créancier de l'obligation, justifiant de la part du débiteur fautif une obligation de réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution⁹. La présentation de la responsabilité contractuelle à l'image de la responsabilité délictuelle demeure assez répandue aujourd'hui en doctrine, qui insiste sur l'unité des deux responsabilités, et sur la nécessité de démonstration, en matière contractuelle, d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité¹⁰. Pour autant, elle ne fait pas l'unanimité, certains auteurs

⁵ Art. 1231-1 C. civ. : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure » ; Comp., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1147 C. civ. : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

⁶ Parmi les autres remèdes, il est possible de citer l'exécution forcée en nature, prévue par l'art. 1221 et s. C. civ. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1146 C. civ.) qui mentionne la mise en demeure de remplir son obligation, mais aussi, s'agissant des contrats synallagmatiques, l'exception d'inexécution, prévue par ex. en matière de vente par l'art. 1612 C. civ. qui prévoit que le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en a pas payé le prix.

⁷ P. Rémy : « La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept », RTD Civ., 1997, p. 323, spéc. n°5.

⁸ V. not. : J. Grandmoulin : *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien droit romain et dans le droit français*, th., Université de Rennes, 1892 ; M. Maignié : *Responsabilité et contrat. Essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse, Université de Lille, 1924 où l'auteur insiste sur la nature unitaire de la responsabilité, même si le régime est différent ; *contra* : C. Saintelette : *De la responsabilité et de la garantie, accidents de transport et de travail*, Paris : Librairie A. Marescq, 1884, où l'auteur insiste sur la dualité de la responsabilité civile, estimant (n°7 et s.) qu'il ne faut pas utiliser le terme responsabilité pour décrire des cas de garantie, terme par lequel l'auteur désigne les conséquences d'une inexécution contractuelle ; M. Planiol, G. Ripert : *Traité élémentaire de droit civil*, 11^{ème} éd., t. II, Paris : LGDJ, 1931, n°873 et s., spéc. n°876-877 où les auteurs insistent sur l'unité de la notion de faute ; *Adde*, déjà : C.-M.- B. Toullier : *Droit civil suivant l'ordre du Code*, 4^{ème} éd., vol. 5, Paris : Warée, 1824-1828, n°233 où l'auteur estime, évoquant la faute, que « l'article 1147 est fondé sur les mêmes principes que les articles 1382 et 1383 ».

⁹ H. et L. Mazeaud, A. Tunc : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 1965, spéc. n°97 et s. où les auteurs démontrent « qu'il n'existe pas de différence fondamentale entre les deux ordres de responsabilité, il existe des différences accessoires », avant de les étudier conjointement (sur le préjudice, n°208 et s., sur la faute, n°673 et s.) ; P. Jourdain : « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{ème} journées R. Savatier, colloque, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Université Catholique de Nimègue et Université de Poitiers, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, Paris : PUF, publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, tome 32, p. 65-79, où l'auteur met en évidence que la responsabilité contractuelle a pour objectif de réparer le dommage résultant de l'inexécution et non l'inexécution elle-même ; M. Faudre-Abbad : *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, thèse, préf. P. Rémy ; Poitiers : LGDJ, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2003, n°161 et s. et n°226 et s.

¹⁰ V. not. : G. Marty, P. Raynaud : *Droit civil. Les obligations*, 2^{ème} éd., t. I : *Les sources*, Paris : Sirey, 1988, n°448 ; A. Bénabent : *Droit des obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Montrestien-Lextenso, coll. Domat droit privé, 2014, n°403, et 521 et s. ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit.*, n°560 et s. ; M. Fabre-Magnan : *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 3^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis, 2012, p. 665-667 ; B. Fages :

mettant en évidence la dualité de la responsabilité civile, en insistant sur les différences qui existent entre les deux responsabilités¹¹. Des auteurs vont même jusqu'à mettre en doute l'existence même de la responsabilité contractuelle, estimant que ce terme résulte d'une « confusion » doctrinale avec la responsabilité délictuelle, et qu'il ne peut définir l'exécution du contrat par équivalent qu'induit l'allocation de dommages et intérêts en cas d'inexécution contractuelle¹². Enfin, d'aucuns ajoutent que la responsabilité contractuelle peut être vue comme ayant une double dimension permettant d'une part, l'exécution par équivalent du contrat et d'autre part, la réparation du préjudice subi par le créancier de l'obligation inexécutée¹³. L'inexécution du contrat doit en effet être compensée. De plus, un préjudice peut résulter de l'inexécution, et doit alors être réparé. Cette dernière interprétation semble donc devoir être privilégiée. La dualité des responsabilités se trouve alors maintenue, et l'absence de préjudice résultant de l'inexécution pour le créancier ne doit pas être de nature à l'empêcher de

Droit des obligations, 5^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso Editions, coll. Manuels, 2015, n°306 et s. ; R. Cabrillac : *Droit des obligations*, 11^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Cours, 2014, n°149 et s. ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *Droit civil. Les obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2014, n°2154 et s.

¹¹ V. not. : J. Huet : *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, dactyl., dir. J. Flour, Université Paris II, 1978, n°33 et s. ; P. Brun : *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, coll. Manuels, 2014, n°94 et s. ; P. Jourdain : *Les principes de la responsabilité civile*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2014, p. 31 et s. ; G. Durry : « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, dualité ou unité ? », in Colloque : *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif*, Faculté de droit et d'économie et l'Université de Savoie, 7 et 8 déc. 2000, RCA, juin 2001, n°6 bis, p. 20-24, spéc. n°3 où l'auteur insiste sur la dualité des responsabilités contractuelle et délictuelle ; P. Brun : « La distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle », in *Le droit de la responsabilité, journée franco-turque*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, 29 mars 2013, P. Aff., 13 mars 2014, n°52, n° spécial, p. 36.

¹² En ce sens, v. not. : Y.- M. Laithier : *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, préf. H. Muir Watt, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 419, 2004, n°84 et s., l'auteur montrant que les dommages et intérêts dont il est question en matière contractuelle constituent une exécution par équivalent et non une réparation ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit.*, n°559 : Le débiteur doit alors en dommages et intérêts « procurer l'équivalent de l'avantage attendu du contrat par le créancier et non de réparer le dommage qui lui a été injustement causé » ; P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Giudicelli, J. Julien, D. Krajewski, M. Poumarède : *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2014, spéc. n°802 et s., les auteurs démontrant « l'inexistence de la responsabilité contractuelle », telle que fondée sur les notions de la responsabilité délictuelle ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *Droit des obligations*, Paris : Ellipses, coll. cours magistral, 2008, n°300 ; D. Tallon : « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD Civ., 1994, p. 223, spéc. n°15 et s. ; P. Rémy : « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », précité, spéc. n°45 et s. où l'auteur invite à distinguer entre les deux ordres de responsabilité, selon la distinction entre réparation et paiement forcé ; E. Savaux : « La fin de la responsabilité contractuelle ? », RTD Civ., 1999, p.1, spéc. n°26 et s. où l'auteur propose de « supprimer la responsabilité contractuelle » et lui préfère l'exécution par équivalent ; Adde l'opinion voisine exprimée par L. Leturmy : « La responsabilité délictuelle du contractant », RTD Civ., 1998, p. 839, qui estime qu'il faut « reconnaître à la seule responsabilité délictuelle toute la fonction de réparation, qu'il y ait ou non un contrat entre l'auteur du dommage et sa victime, et n'analyser les articles 1146 et suivants du code civil que comme un mode d'exécution par équivalent du contrat », ce qui conduit l'auteur à estimer que la réparation devrait ressortir de la responsabilité délictuelle, et l'exécution par équivalent des textes régissant la matière contractuelle.

¹³ V. not. : J. Huet : *op. cit.*, n°20 et s., spéc. n°24 ; R. Cabrillac : *op. cit.*, n°148 : « La responsabilité contractuelle a une double fonction, le paiement par équivalent, et la réparation du préjudice subi par l'inexécution » ; P. Delebecque, F.- J. Pansier : *Droit des obligations : responsabilité civile, délit et quasi-délit*, 6^{ème} éd., Paris : LexisNexis, coll. Objectif droit. Cours, 2014, n°34 : « La responsabilité contractuelle implique l'exécution du contrat par équivalent et la réparation du préjudice causé par l'inexécution ».

percevoir des dommages et intérêts, vus comme l'équivalent de l'obligation inexécutée. Le terme de responsabilité contractuelle, s'il sied mal à l'allocation de dommages et intérêts comme équivalents d'une obligation inexécutée, trouve tout son sens lorsqu'il s'agit d'évoquer la réparation du préjudice causé par l'inexécution, qui supposera la démonstration de ce préjudice et de son lien de causalité avec l'inexécution. Pour résumer, la responsabilité contractuelle procure une exécution en équivalent de l'obligation inexécutée et une réparation pour le dommage causé par l'inexécution, mais son application suppose l'inexécution, ou une mauvaise exécution d'une obligation contractuelle¹⁴, et ne peut donc s'appliquer en matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. En effet, cette qualification, issue de la loi, fait sortir ces clauses du champ contractuel pour leur faire intégrer la catégorie de pratiques, définies comme des faits juridiques, et non comme des obligations contractuelles, dont la sanction doit être la responsabilité délictuelle.

316. Responsabilité délictuelle. A l'instar du fait juridique, la responsabilité délictuelle est une catégorie résiduelle, d'application générale. Le fait illicite qui cause à autrui un dommage est source d'une obligation d'indemnisation au profit de celui qui subit le dommage. Cette responsabilité trouve à s'appliquer en dehors des situations où les parties sont cocontractantes et où le préjudice subi résulte de l'inexécution d'une obligation de ce contrat¹⁵. Le caractère délictuel de la responsabilité encourue par l'auteur d'une pratique restrictive de concurrence semble évident. En effet, en tant que pratique, le comportement ou la clause ainsi

¹⁴ Ce point semble faire l'unanimité en doctrine, v. par ex. : *op. cit., loc. cit.* ; P. Jourdain : *op. cit.*, n°79 ; G. Durry : *op. cit.*, n°28 ; M. Fabre-Magnan : *op. cit., loc. cit.* ; B. Fages : *op. cit., loc. cit.* ; A. Bénabent : *op. cit., loc. cit.* ; J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux : *Les obligations, 2. Le fait juridique : quasi-contrat, responsabilité délictuelle*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2011, n°61 ; R. Cabrillac : *op. cit.*, n°214 ; P. Delebecque, F.-J. Pansier : *op. cit., loc. cit.* ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *Droit des obligations*, 13^{ème} éd., Paris : LexisNexis, coll. Manuels, 2014, n°545 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, coll. Droit civil, 2015, n°23.

¹⁵ Les conditions de la responsabilité contractuelle sont en effet l'existence entre l'auteur et la victime du dommage d'un contrat valable, ainsi qu'une inexécution d'une des obligations de ce contrat à l'origine du dommage. Sur ce point, rappelé en tant que règle du non-cumul des responsabilités, dans la quasi-totalité des ouvrages, v. par ex. : H. et L. Mazeaud, A. Tunc : *op. cit.*, n°207 : « La victime peut se placer sur le terrain contractuel si elle a passé un contrat valable avec l'auteur du dommage et si le préjudice dont elle souffre provient de l'inexécution d'une obligation principale ou accessoire née de ce contrat » ; G. Durry : *op. cit.*, n°28 où l'auteur estime qu'il faut « réserver la responsabilité contractuelle à ce qui est incontestablement contractuel, entre les parties et pour les obligations nées du contrat », ce qui permet à l'auteur de se positionner sur l'obligation de sécurité découverte dans de nombreux contrats, et qui, selon lui, devrait davantage relever de la responsabilité délictuelle ; A. Bénabent : *op. cit.*, n°523 : Le non cumul implique qu'il n'y a « pas de responsabilité délictuelle entre cocontractants pour la période d'exécution et pour des faits qui sont liés à l'exécution » ; *Adde* : F. Rouvière : *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, thèse, préf. C. Atias, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. de l'Institut de droit des affaires, 2005, spéc. n°235 et s. où l'auteur démontre que le dommage subi est « contractuel s'il résulte de l'inexécution d'un engagement présent dans le contenu du contrat », ce qui lui permet d'inviter à se questionner sur la nature du dommage survenu en période contractuelle, qui n'est pas nécessairement contractuel, laissant place à une responsabilité délictuelle entre cocontractants, par ex. pour les dommages corporels (n°279 et s.).

qualifiée, ne ressort pas du contrat. La mise en œuvre de la pratique restrictive de concurrence ne peut donc pas être vue comme une inexécution contractuelle, qui serait source de dommages et intérêts sur le fondement contractuel. Il s'agit d'un fait juridique, mis en œuvre en marge des obligations que prévoit le contrat, et soumis aux règles de la responsabilité délictuelle¹⁶. Le caractère délictuel de la responsabilité encourue est d'autant plus évident que cette responsabilité est prévue par une loi spéciale, adoptée comme une liste de cas particuliers de fautes entraînant la responsabilité, sur le modèle des articles 1240 et 1241 du Code civil¹⁷. La jurisprudence a parfois relevé le caractère délictuel de la responsabilité encourue pour la mise en œuvre d'une pratique restrictive de concurrence¹⁸, tout en précisant que si une loi spéciale existe, elle trouve à s'appliquer, ce qui a pour effet de faire encourir une responsabilité contractuelle à l'auteur d'une rupture brutale des relations commerciales nouées entre un transporteur routier de marchandises et un sous-traitant, relations qui sont régies par une loi spéciale¹⁹. Ainsi, si l'on excepte cette disposition spéciale, les pratiques visées par le droit des pratiques restrictives de concurrence font encourir à leur auteur une responsabilité délictuelle.

La responsabilité délictuelle a suscité moins de débats que la responsabilité contractuelle en doctrine. Néanmoins, certains auteurs, et le Code civil lui-même²⁰, lui préfèrent le terme de « responsabilité extracontractuelle »²¹, mieux à même selon eux à couvrir

¹⁶ Sur ce point, v. M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, 6^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2014, n°268 ; M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, th., dir. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2012, n°330 et s. ; V. toutefois : C. Nourissat : « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action », RLDA, 09-2007, n°19, p. 67-69, où l'auteur met en évidence le caractère contractuel de l'action relative à la rupture brutale des relations commerciales établies en cas de contrat international, ce qui a pour effet l'obligation de respecter les stipulations contractuelles relatives aux litiges, alors même que la même action est de nature délictuelle si le contrat ne comporte aucun élément d'extranéité.

¹⁷ Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1382 et 1383 C. civ.

¹⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 6 oct. 2005, n°03-20.187, Bull. civ., II, n°236 ; JCP, G, 2006, I, 111, note P. Stoffel-Munck *in* Chr. « Responsabilité civile », n°16. ; Cass. com., 21 oct. 2008, n°07-12.336 ; CCC, 2009, comm. 8, note sous arr. N. Mathey ; RDC, n°1-2009, p. 197, note M. Béhar-Touchais ; Cass. com., 13 janv. 2009, n°08-13.971, Bull. civ., IV, n°3 ; CCC, 2009, comm. 72, note sous arr. N. Mathey ; RDC, n°3-2009, p. 1016, note D. Mazeaud ; *Idem*, p. 1147, note M. Béhar-Touchais ; *Adde* : G. Viney : « La responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie », RDC, n°3-2009, p. 1048 ; V. aussi : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 6 mai 2015, n°13/01886, AJCA, 2015, p. 438, note C. Pecnard et A. Duperray.

¹⁹ V. en matière de rupture brutale des relations commerciales : Cass. com., 6 fév. 2007, n°04-13.178, Bull. civ. IV, n°21 ; D. 2007, p. 653, note E. Chevrier ; JCP, G, 2007, II, 10108, note sous arr. F. Marmoz ; CCC, 2007, comm. 91, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; RLC, 10-2007, n°13, p.85, note M. Chagny ; RDC, n°3-2007, p. 731, note J.- S. Borghetti ; Cass. com., 4 oct. 2011, n°10-20.240, Bull. civ., IV, n°151 : « L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce instaure une responsabilité de nature délictuelle » ; D. 2011, p. 2465, note X. Delpech ; RTD Com. 2011, p. 791, note B. Bouloc ; JCP, E, 2011, 1769, note N. Mathey ; CCC 2011, comm. 259, note N. Mathey ; V. la solution identique adoptée par Cass. com., 23 sept. 2014, n°12-27.387 ; D. 2014, p. 1932, note X. Delpech ; CCC, 2014, comm. 271, note sous arr. N. Mathey.

²⁰ Cf. Sous-Titre III du Titre III du Livre III du Code civil : « La responsabilité extracontractuelle ».

²¹ V. parmi d'autres : B. Fages : *op. cit.*, n°360 ; J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux : *op. cit.*, n°61 ; P. Brun : *op. cit.*, n°23 ; M. Bacache-Gibeili : *Traité de droit civil, tome 5 : Les obligations La responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., Paris : Economica, coll. Corpus Droit privé, 2015 ; M. Bourassin : *Les obligations : la responsabilité civile extracontractuelle*, 2^{ème} éd., Paris : Archétype 82, coll. Montesquieu, 2014 ; V. aussi, parmi

non seulement les cas de responsabilité délictuelle *stricto sensu*, mais aussi les cas de responsabilité prévus par des lois spéciales²², qui édictent une responsabilité délictuelle, même si un contrat unit le responsable et la victime²³. Il faut reconnaître à cette expression qu'elle sied particulièrement bien à la matière des pratiques restrictives de concurrence qui sont prévues par l'article L. 442-6 du Code de commerce, qui édicte, à l'instar des régimes spéciaux de responsabilité délictuelle, une responsabilité extracontractuelle, s'appliquant tant lorsqu'auteur et victime de la pratique sont liés par un contrat que lorsqu'aucun contrat n'existe entre eux. Dans les deux cas, cette responsabilité est encourue pour la mise en œuvre d'une pratique qui, si elle a pu faire partie d'un contrat, est ainsi requalifiée en fait juridique, et sanctionnée par une responsabilité délictuelle, qui s'applique malgré l'existence d'un rapport contractuel.

b. La place de la responsabilité délictuelle dans le rapport contractuel.

317. La distinction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, conséquence de la distinction entre l'acte et le fait juridique. Le fait que la responsabilité qu'encourt celui qui met en œuvre une pratique restrictive de concurrence soit délictuelle ne saurait surprendre, pas davantage que cette responsabilité trouve application malgré un rapport contractuel préexistant entre le responsable et le créancier de dommages et intérêts. En réalité, la distinction entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle s'explique exactement de la même manière que la distinction entre les clauses et les pratiques, par la distinction entre les actes et les faits juridiques. La responsabilité encourue pour l'inexécution d'un acte juridique est contractuelle, alors que celle qui est encourue pour un fait fautif est délictuelle. La pratique qui peut être mise en œuvre entre contractants, qu'elle

les travaux les plus récents : J. Abras : *Aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, thèse, Préf. F. Leduc, Aix-en-Provence : PUAM, coll. de l'Institut de droit des affaires, 2008, spéc. n°2 et s. ; J. Traullé : *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, thèse, préf. P. Jourdain, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 477, 2007, n°6 ; C. Bloch : *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, Préf. R. Bout et P. Le Tourneau, Paris : Dalloz. Coll. Nouvelle bibl. des thèses, 2008, spéc. n°4.2 ; S. Mauclair : *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, Préf. T. Azzi ; Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, coll. des thèses, 2012, spéc. n°5 ; B. Girard : *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, thèse, préf. M. Fabre-Magnan, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Bibl. de droit privé, t. 562, 2015, n°10.

²² V. not. : en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, art. 1386-1 C. civ. qui prévoit que « le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime » ; en matière d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, art. 1^{er} de la loi n°85-677 du 5 juill. 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'accidents de la circulation ».

²³ V. : P. Brun : *op. cit., loc. cit.*

soit matérialisée par une clause ou non, s'analyse comme un comportement, un fait juridique. La responsabilité encourue pour ces faits juridiques, même survenus à l'occasion d'un contrat, est délictuelle. En effet, il ne s'agit pas de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une des obligations du contrat qui, seule, est source de responsabilité contractuelle. Il en résulte que l'engagement de la responsabilité délictuelle reste possible, malgré le lien contractuel, tout comme l'existence du contrat n'empêche pas des faits juridiques de se produire entre les mêmes parties.

318. La responsabilité délictuelle du cocontractant prévue par le droit des pratiques restrictives de concurrence. Loin de remettre en cause la distinction entre les deux responsabilités, la responsabilité délictuelle du contractant permet, en matière de pratiques restrictives de concurrence, de l'illustrer. Puisque la responsabilité contractuelle est une responsabilité spéciale, son domaine d'application se trouve limité à l'exécution d'une obligation contractuelle par équivalent et à l'indemnisation de l'inexécution. Elle suppose ainsi l'existence d'un contrat entre les parties et l'inexécution d'une des obligations que prévoit ce contrat. L'ensemble des comportements qu'observent les parties en marge du contrat ne peuvent s'analyser comme une inexécution contractuelle. Certains d'entre eux relèvent alors de la responsabilité délictuelle. Il s'agit des comportements qui ne traduisent pas une inexécution d'une des obligations du contrat, mais causent un préjudice au cocontractant. Parmi ces comportements, se trouvent d'une part, les faits de concurrence déloyale, qui relèvent de la responsabilité délictuelle, même en présence d'un contrat entre le responsable et la victime²⁴, et les pratiques restrictives de concurrence mises en œuvre à l'occasion du contrat, même au stade de l'exécution de celui-ci, en incluant les clauses du contrat qui sont qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, et par suite, sorties du champ contractuel²⁵. Par conséquent, il semble possible d'affirmer que ces deux branches du droit de la concurrence ont en commun de soumettre à la responsabilité délictuelle les faits qu'elles prévoient, mais aussi de ne jamais prévoir de cas spécifiques d'application de la responsabilité contractuelle. Les inexécutions contractuelles ne sont donc pas sanctionnées en tant que telles par le droit de la concurrence, mais seulement par le droit des obligations. Néanmoins, le droit de la concurrence est une matière qui prévoit un certain nombre de cas de responsabilité délictuelle du contractant, qui se trouvera obligé d'indemniser son cocontractant pour la mise en œuvre d'une pratique illicite.

²⁴ Sur ce point, Cf. *Infra*, n°319.

²⁵ Cf. *Supra*, n°282 et s.

2. Une responsabilité identique à celle encourue en cas de concurrence déloyale.

319. Le fait de concurrence déloyale et les pratiques restrictives de concurrence induisent une responsabilité délictuelle. Il est régulièrement rappelé, en doctrine²⁶ ou en jurisprudence²⁷, que le fait de concurrence déloyale est sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle, prévue par les articles 1240 et 1241 du Code civil²⁸. En analysant la jurisprudence, la doctrine a ainsi dégagé, en la matière, un certain nombre de fautes, qui, si elles causent un dommage à autrui, peuvent être source d'indemnisation. Parmi ces fautes, la doctrine cite quasi-unaniment l'imitation, le dénigrement, la désorganisation et le parasitisme économique²⁹. La description de ces « cas de concurrence déloyale » n'est autre que la description de fautes au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil. Classiquement, la doctrine, analysant la jurisprudence, affirmait que l'action en concurrence déloyale supposait que soit remplie la condition d'une situation de concurrence entre les parties, par l'existence d'une clientèle commune³⁰. La jurisprudence récente a cependant montré que cette condition n'est pas nécessaire à la mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale, déclarant recevable l'action en l'absence d'une situation de concurrence entre les parties, ce qui a été relevé par la doctrine³¹. Cette évolution jurisprudentielle semble néanmoins aller plus loin, permettant l'application de la concurrence déloyale non seulement entre non-concurrents, mais aussi entre contractants³². Il résulte en effet de la jurisprudence³² que le contrat existant entre les parties avant que l'une d'elles ne se livre à un acte de concurrence déloyale ne doit pas être considéré comme de nature à empêcher la sanction d'un tel acte. Tout comme en matière de

²⁶ V. par ex. : M.-A. Frison-Roche, M.- S. Payet : *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, coll. Précis, 2006, n°480 ; M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°318.

²⁷ V. par ex. : Cass., com., 30 mai 2000, n°98-15.549 ;

²⁸ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°76 ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1382 et 1383 C. civ.

²⁹ Cf. *Supra*, n°77.

³⁰ V. not. : A. Pirovano : « La concurrence déloyale en droit français », RID Comp., vol. 26, n°3 – juillet 1974, p. 467-504, n°47, l'auteur précisant que pour les « non-concurrents, seule l'action en responsabilité civile de droit commun est possible » ; P. Roubier : *Le droit de la propriété intellectuelle*, t. I, Paris : Sirey, 1952, n°108 ; M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°322.

³¹ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°79.

³² Cass. com., 12 fév. 2008, n°06-17.501, Bull. civ., IV, n°32 ; CCC, 2008, comm. 103, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; D. 2008, p. 2573, note sous arr. E. Chevrier et note Y. Picod ; RLDA, avr. 2008, n°26, p. 45, note C. Anadon ; CCE, 2008, comm. 63, note sous arr. C. Caron ; JCP, E, 2009, 1739, n°4, note G. Decocq *in* Chr. « Concurrence déloyale et pratiques restrictives » ; Dans cette espèce, une société était distributrice des produits d'un fournisseur dans le circuit de la distribution hors-domicile. Le fournisseur a conclu un accord exclusif avec un distributeur concurrent, pour un produit similaire, destiné à être commercialisé auprès des consommateurs dans les grandes surfaces, au mois de juillet 2003 et en a informé son premier distributeur au mois d'octobre 2003. La Cour de cassation a admis l'action en concurrence déloyale du premier distributeur, en considérant que le fait que le fournisseur fût toujours en partenariat avec le premier distributeur, et qu'elle ne l'ait pas informé de la conclusion d'un accord avec un distributeur concurrent, au moment de la conclusion du partenariat exclusif avec le distributeur concurrent a causé un préjudice commercial au premier distributeur, qui peut être indemnisé sur le fondement de la concurrence déloyale. Même si cela ne semble pas avoir été relevé, l'arrêt applique ainsi la concurrence déloyale entre des contractants, liés par un contrat de distribution.

pratiques restrictives de concurrence, l'acte de concurrence déloyale peut avoir lieu malgré l'existence préalable d'un contrat entre les parties, cela n'empêchant pas la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle du concurrent déloyal. Dans le domaine des clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence, l'engagement de la responsabilité délictuelle de leur auteur ne fait pas non plus de doute. Une différence importante avec la concurrence déloyale réside dans le fait que ce n'est pas la doctrine qui, à partir de la jurisprudence, a abouti à la description de fautes susceptibles d'induire une indemnisation. En matière de pratiques restrictives de concurrence, en effet, le législateur a pris soin de détailler précisément un certain nombre de pratiques³³, comme autant de fautes au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil³⁴. La mise en œuvre de ces pratiques engage la responsabilité civile de leur auteur³⁵, et est source d'une obligation d'indemnisation. Le contexte contractuel n'est pas de nature à changer la nature de cette responsabilité, tout comme en matière de concurrence déloyale, à ceci près que la liste des pratiques prohibées laisse supposer que la situation d'une pratique restrictive de concurrence mise en œuvre à l'occasion d'un contrat est potentiellement plus courante que celle d'un acte de concurrence déloyale dans un contexte de relation contractuelle. L'insertion de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence entraîne la responsabilité délictuelle de l'auteur de ladite insertion, c'est-à-dire une responsabilité identique à celle encourue pour celui qui met en place un acte de concurrence déloyale. Mais, l'affirmation selon laquelle il existe une identité de responsabilité encourue en matière de concurrence déloyale et en matière de pratiques restrictives de concurrence implique que soit également vérifiée une identité des conditions de mise en œuvre de cette responsabilité.

B. Les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité.

320. Fait, préjudice et lien de causalité. Les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle, qui est encourue pour la mise en œuvre d'une pratique restrictive de concurrence ne surprennent guère. Il s'agit du triptyque classique de mise en œuvre de toute responsabilité délictuelle, la faute (1), le préjudice (2), et le lien de causalité entre la faute et le préjudice (3).

³³ Art. L. 442-6, I, 1° et s. C. com.

³⁴ Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. 1382 et 1383 C. civ.

³⁵ Art. L. 442-6, I C. com. : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait ».

1. La faute.

321. La faute en droit commun de la responsabilité du fait personnel. La faute, exigée par l'article 1240 du Code civil³⁶ comme source de l'indemnisation, n'est pas détaillée, de sorte que l'application de ce texte peut être la plus large possible³⁷. La doctrine a souvent tenté de définir la faute qui est visée par le texte. Loin d'ambitionner un résumé de ces tentatives, il est possible de retenir qu'elle a notamment été décrite comme le « manquement à une obligation préexistante »³⁸, c'est-à-dire un acte illicite³⁹, ou comme un « écart de conduite »⁴⁰. Un consensus semble néanmoins se dégager sur le caractère de notion polymorphe de la faute⁴¹. Certains s'accordent pour estimer que la faute est un « comportement non conforme à celui qu'on peut attendre d'un homme normalement prudent et diligent »⁴². Cette définition *in abstracto* de la faute semble devoir être privilégiée en droit de la responsabilité civile, puisqu'elle permet d'englober toute la diversité des situations que

³⁶ Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, art. 1382 C. civ., que l'ordonnance recodifie à droit constant.

³⁷ Sur ce point, v. art. 1242 de l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile, publié par la Chancellerie le 29 avr.2016, qui définit la faute comme « la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ».

³⁸ M. Planiol, G. Ripert : *op. cit.*, n°863 ; Cette définition de la faute est reprise ensuite en doctrine, v. par ex. : P. Le Tourneau, C. Bloch, C. Guettier, A. Giudicelli, J. Julien, D. Krajewski, M. Poumarède : *op. cit.*, n° P. Le Tourneau : *Responsabilité*, rép. civ. Dalloz, 2009, n°63 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *op. cit.*, n°1852 et s. ; P. Delebecque, F.- J. Pansier : *Droit des obligations : responsabilité civile, délit et quasi-délit*, précité, n°85.

³⁹ V., outre les auteurs déjà cités, parmi les auteurs qui insistent sur le caractère illicite de la faute : G. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, 11^{ème} éd., t. II, Paris : Sirey, 1913, n°673 ; R. Demogue : *Traité des obligations en général*, t. III, Paris : Libraire Arthur Rousseau, 1923, qui évoque les deux éléments à réunir pour définir la faute, d'abord un élément objectif, (n°226 et s.) une atteinte à un droit que la loi protège, et ensuite un élément subjectif, le comportement non conforme à celui du bon père de famille, qui sait ou peut savoir, face à une situation, si elle peut porter atteinte à un droit (n°242 et s.) ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, précité, n°52 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *Droit des obligations*, précité, n°609.

⁴⁰ La notion étant vue par les auteurs comme devant remplacer celle d'illicéité, v. : H. et L. Mazeaud, A. Tunc : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, précité, n°395 et s. ; les deux notions étant vues comme plus proches que la doctrine souhaite le présenter par M. Faure-Abbad : *Le fait générateur de responsabilité contractuelle*, précité, n°195 et s. ; Cette définition est aujourd'hui largement reprise en doctrine, v. parmi d'autres : G. Marty, P. Raynaud : *Droit civil. Les obligations*, précité, n°457 ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *Droit des obligations*, précité, n°369 ; S. Porchy-Simon : *Droit civil, 2^e année : les obligations*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Hypercours, 2014, n°621 ; C. Renault-Brahinsky : *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., Paris : Gualino, coll. Fac universités Manuel, 2007, n°519 ; R. Cabrillac : *Droit des obligations*, précité, n°236 ; J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux : *Les obligations. 2, le fait juridique : quasi-contrats, responsabilité délictuelle*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2011, n°98.

⁴¹ V. parmi d'autres auteurs : P. Le Tourneau : *Responsabilité*, Rép. civ. Dalloz, 2009, n°111 ; P. Brun : *Responsabilité civile extracontractuelle*, précité, n°294.

⁴² P. Brun : *op. cit.*, *loc. cit.* ; A. Bénabent : *Droit des obligations*, précité, n°540 ; Pour une conception proche de la notion, v. la définition de N. Dejan De La Batie : *Responsabilité délictuelle*, t. VI-2 du Droit civil français d'Aubry et Rau, 8^{ème} éd., dir. A. Ponsard et I. Fadlallah, Paris : Litec, 1989, n°22, reprise par M. Poumarède : *Droit des obligations : cours et travaux dirigés*, 3^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Cours, 2014, n°938 : « La faute est un comportement que l'on peut juger défectueux soit parce qu'il est inspiré par l'intention de nuire, soit parce qu'il va à l'encontre d'une règle juridique, soit simplement parce qu'il apparaît déraisonnable ou maladroit ».

peuvent viser les textes⁴³. Néanmoins, cette vision n'est pas celle qui a été retenue en droit de la concurrence, qui retient au contraire une définition très concrète de la faute, en détaillant précisément les faits qui sont analysés, au sens de la matière, comme des fautes.

322. Liste limitative de fautes. Lorsque le droit de la concurrence s'en remet au droit de la responsabilité civile, il prend soin d'éviter tout débat sur la notion de faute, en précisant les fautes qui sont sources d'indemnisation, et plus précisément en édictant des listes de faits illicites. Cette tendance peut être dégagée en droit de la concurrence déloyale, où la doctrine, en analysant la jurisprudence, a fait émerger des actes de concurrence déloyale⁴⁴, qui sont, au sens du droit commun de la responsabilité, des fautes, sources d'indemnisation. Parmi ces fautes, il y a l'imitation, le dénigrement, la désorganisation et le parasitisme économique⁴⁵. La tendance est d'autant plus marquante en droit des pratiques restrictives de concurrence, où l'ensemble des faits, sources de responsabilité, sont précisément détaillés, en particulier dans l'article L. 442-6 du Code de commerce. La mise en œuvre de la responsabilité civile en droit des pratiques restrictives de concurrence suppose donc la caractérisation de l'une des fautes prévues par le texte. Une différence existe cependant en ce que la liste des fautes prévues par le législateur en matière de pratiques restrictives de concurrence apparaît comme une liste limitative de fautes qui, sources d'indemnisation, Au contraire, en matière de concurrence déloyale, la liste des fautes qui émerge de la jurisprudence n'est pas limitative. Les juridictions peuvent ainsi sanctionner sur ce fondement, des actes qui ne se trouvent pas dans la liste, ce qui a par exemple été le cas lors de la sanction du parasitisme économique⁴⁶. En matière de pratiques restrictives de concurrence, l'établissement de la faute ne semble pas devoir poser de grande difficulté puisqu'il suffit que le comportement en cause soit sanctionné par l'article L. 442-6 du Code de commerce pour être considéré comme engageant la responsabilité de son auteur. Il paraît en aller différemment pour l'établissement de la deuxième condition de mise en œuvre de la responsabilité civile, le préjudice.

⁴³ Soit les articles 1240 pour la responsabilité délictuelle, et 1241 pour la responsabilité quasi-délictuelle ; Sur cette faute objectif, v. par ex. : G. Viney : « Evolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile », in *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Colloque, dir. Y. Lequette et N. Molfessis, Paris, 2014, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 23-37, spéc. p. 24 ; Il faut également préciser qu'une appréciation *in concreto* n'est pas exclue en droit commun, mais ne concerne non pas directement la faute, mais son auteur, avec la question de sa capacité, de sa volonté de porter préjudice à quelqu'un, etc.

⁴⁴ V. P. Roubier : *Droit de la propriété industrielle*, précité, n°103 et 110 ; Cf. *Supra*, n°77 et 319.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Cette faute ne se trouvait pas dans la liste des actes de concurrence déloyale établie par P. Roubier ; *op. cit.*, *loc. cit.* ; mais a pu être sanctionnée sur le fondement de la concurrence déloyale par la jurisprudence.

2. Le préjudice.

323. Annonce. L'établissement du préjudice est une condition essentielle de la mise en œuvre de la responsabilité puisqu'il déterminera la valeur de la compensation de ce préjudice, qui sera due par l'auteur de la faute sous forme de dommages et intérêts. L'établissement du préjudice semble ainsi indispensable (1), mais semble connaître quelques tempéraments en droit de la concurrence déloyale et en droit des pratiques restrictives de concurrence (2).

a. *L'établissement du préjudice.*

324. Le préjudice en droit commun de la responsabilité du fait personnel. Contrairement à la notion de faute, celle de préjudice ne semble pas faire l'objet d'importantes controverses en doctrine. Le préjudice est, en effet, défini comme un « dommage subi par une personne dans son intégrité physique, dans ses biens, ou dans ses sentiments qui fait naître chez la victime un droit à réparation »⁴⁷. Des auteurs apportent une précision bienvenue quant à cette définition, en proposant de distinguer entre dommage et préjudice, ce dernier étant vu comme la conséquence juridique patrimoniale ou extrapatrimoniale du dommage⁴⁸. A la question de savoir comment déterminer le préjudice indemnisable, un consensus assez large semble se dégager sur les conditions de préjudice certain et direct⁴⁹. De ces conditions, il est possible de déduire que le préjudice doit être la conséquence directe de la faute, et que la victime doit avoir subi le dommage de manière certaine et non hypothétique. A ces conditions, certains ajoutent la condition d'un préjudice légitime⁵⁰, selon laquelle il est impossible d'indemniser un

⁴⁷ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « Préjudice ».

⁴⁸ M. Poumarède : *Droit des obligations*, précité, n°826 ; J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux : *Droit civil. Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, précité, n°133 133 ; P. Delebecque, F.- J. Pansier : *op. cit.*, n°119 ; P. Brun : *op. cit.*, n°175 ; P. Le Tourneau et *alli* : *op. cit.*, n°1304 et s. spéc. n°1309 ; *Contra*, pour des auteurs qui voient les deux termes comme synonymes : X. Pradel : *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, thèse, préf. P. Jourdain, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 415, 2004, n°15 ; B. Fages : *op. cit.*, n°367 ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *op. cit.*, n°361 ; pour des auteurs qui estiment qu'il n'y a pas lieu de procéder à une distinction : M. Fabre-Magnan : *op. cit.*, p. 175-176.

⁴⁹ R. Demogue : *Traité des obligations en général*, t. IV, Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1924, n°385 ; H. et L. Mazeaud, A. Tunc : *op. cit.*, n°216 et s. ; G. Marty, P. Raynaud : *op. cit.*, n°422-423 ; A. Bénabent : *Droit des obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Montchrestien Lextenso Editions, coll. Domat droit privé, 2014, n°676 ; J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux : *op. cit.*, n°136 ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *op. cit.*, n°365 et s. ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit.*, n°700 et s. ; S. Porchy-Simon : *op. cit.*, n°803 et s. ; M. Poumarède : *op. cit.*, n°828 ; C. Renault-Brahinsky : *op. cit.*, n°492 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *op. cit.*, n°601-602 ; P. Delebecque, F.- J. Pansier : *op. cit.*, n°123 et 127 ; P. Brun : *op. cit.*, n°180 et s.

⁵⁰ H. et L. Mazeaud, A. Tunc : *op. cit.*, n°277-7 ; A. Bénabent : *op. cit.*, n°680 ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *op. cit.*, n°367 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit.*, n°704 ; S. Porchy-Simon : *op. cit.*, n°807 ; M. Poumarède : *op. cit.*, n°846 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *op. cit.*, n°604 ; P. Delebecque, F.- J. Pansier : *op. cit.*, n°124 ; R. Cabrillac : *op. cit.*, n°313 et 315 ; P. Brun : *op. cit.*, n°195.

préjudice illicite, d'un préjudice personnel⁵¹, c'est-à-dire que seul celui qui subit le dommage peut en demander réparation, d'un préjudice actuel⁵², condition selon laquelle le dommage doit pouvoir être apprécié au jour où le juge statue, ou encore non déjà réparé⁵³. En réalité, la lecture de ces conditions laisse un sentiment de redondance peu utile⁵⁴. Le fait que le préjudice doive être la conséquence directe de la faute ne peut ainsi être une condition du préjudice, puisqu'il s'agit d'une condition de mise en œuvre de la responsabilité, celle du lien de causalité⁵⁵. Le fait que le préjudice pour lequel l'indemnisation est demandée n'ait pas déjà été réparé apparaît relever de l'évidence. Le fait que le préjudice doive être licite procède *a priori* également de la lapalissade, puisqu'il paraît difficile de voir une juridiction prononcer une indemnisation d'un préjudice tiré par exemple de la perte d'une rémunération illicite. A cet égard, il apparaît toutefois que la jurisprudence vérifie la licéité du préjudice, et refuse parfois l'indemnisation de préjudices illicites⁵⁶. La condition du préjudice personnel apparaît aujourd'hui légèrement anachronique, en raison de la possibilité d'indemnisation du préjudice collectif⁵⁷ ou même du préjudice écologique⁵⁸, alors que la condition du préjudice actuel ne doit pas être de nature à empêcher la prise en compte du préjudice futur mais néanmoins certain⁵⁹. Un préjudice certain et licite doit ainsi être démontré afin de pouvoir mesurer son étendue, et par conséquent le quantum de la réparation de ce préjudice⁶⁰. Le raisonnement qui préside en matière de responsabilité délictuelle du fait personnel est *a priori* logiquement

⁵¹ Cette condition se retrouve par ex. chez : S. Porchy-Simon : *op. cit.*, n°795 ; M. Poumarède : *op. cit.*, n°837 ; C. Renault-Brahinsky : *op. cit.*, n°495.

⁵² P. Delebecque, F.- J. Pansier : *op. cit.*, n°125.

⁵³ H. et L. Mazeaud, A. Tunc : *op. cit.*, n°232 et s. ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *op. cit.*, n°605.

⁵⁴ Sur le « relâchement des caractères traditionnels du préjudice réparable », v. les développements de A. Bascoulergue : *Les caractères du préjudice réparable, réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, th., préf. S. Porchy-Simon, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit privé et sciences criminelles, 2014, n°24 et s. sur le critère de certitude du préjudice, n°59 et s. sur le critère de préjudice direct, n°101 et s. sur le critère personnel du préjudice, n°145 et s. sur le critère de préjudice légitime, l'auteur constatant quant à ces critères un « même mouvement d'altération » (n°195).

⁵⁵ En ce sens, v. : J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux : *op. cit.*, n°136.

⁵⁶ Pour poursuivre l'exemple, la Cour de cassation a précisé « qu'une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licites » (celles provenant d'un travail dissimulé ne devant pas ouvrir droit à indemnisation en l'espèce) : Cass. civ. 2^{ème}, 24 janv. 2002, n°99-16.576, Bull. civ. II, n°5 ; D. 2002, p. 2559, note D. Mazeaud ; JCP, G, 2002, II, 10118, note sous arr. C. Boillot.

⁵⁷ Sur ce point, v. : P. Brun : *op. cit.*, n°199 ; R. Cabrillac : *op. cit.*, n°318 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *op. cit.*, n°570 ; M. Poumarède : *op. cit.*, n°838.

⁵⁸ Sur ce point, v. : P. Brun : *op. cit.*, n°201 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *op. cit.*, n°571.

⁵⁹ V. en ce sens : R. Demogue : *Traité des obligations en général*, précité, n°391 ; H. et L. Mazeaud, A. Tunc : *op. cit.*, n°216 et s. ; G. Marty, P. Raynaud : *op. cit.*, n°422 ; A. Bénabent : *op. cit.*, n°678 ; R. Cabrillac : *op. cit.*, n°313 ; P. Delebecque, F.- J. Pansier : *op. cit.*, n°125 ; M. Fabre-Magnan : *op. cit.*, p. 151 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès : *op. cit.*, n°241 ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *op. cit.*, n°365 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *op. cit.*, n°574 ; M. Poumarède : *op. cit.*, n°830.

⁶⁰ Sur le préjudice, V. art 1235 de l'Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile, publié par la Chancellerie le 29 avr. 2016 : « Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif ».

identique à celui qui est suivi en matière de concurrence déloyale et de pratiques restrictives de concurrence.

325. L'identité de l'établissement du préjudice en matière de concurrence déloyale et en matière de pratiques restrictives de concurrence. La faute constituant un acte de concurrence déloyale, et la faute constituant une pratique restrictive de concurrence engagent la responsabilité civile de leur auteur et les obligent à réparer le préjudice causé. La démonstration du préjudice, comme celle de la faute, en droit de la concurrence déloyale⁶¹ ou en droit des pratiques restrictives de concurrence⁶² apparaît indispensable en principe, et procède d'une logique identique. La jurisprudence prend parfois soin de le rappeler dans l'une⁶³, et l'autre matière⁶⁴, mais reconnaît aussi des tempéraments par rapport aux conditions du droit commun dans les deux branches du droit de la concurrence.

⁶¹ Sur l'exigence de démonstration du préjudice, v. : J. Azéma : *Droit français de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Thémis droit, 1989, n°168 ; G. Ripert et R. Roblot, dir. M. Germain par L. Vogel : *Traité de droit des affaires*, t. I, vol. 1 : *Du droit commercial au droit économique*, 20^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, 2016, n°731 ; M. Pédamon, H. Kenfack : *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Précis, 2011, n°672 ; D. Houtcief : *droit commercial*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2011, n°1094 ; G. Decocq, A. Ballot-Léna : *Droit commercial*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Hypercours, 2015, n°646 ; D. Legeais : *Droit commercial et des affaires*, 22^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2015, n°639 ; D. Mainguy, M. Depincé : *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, coll. Manuels, 2015, n°133 ; M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°320 ; L. Vogel : *Droit de la concurrence : droits européens et français*, Paris : LawLex, Bruxelles : Bruylant, Coll. Juris Science, traité de droit économique, 2015, n°457 ; L. Arcelin-Lécuyer : *Droit de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, 2^{ème} éd., Rennes : Presses universitaires de Rennes, Coll. Didact droit, 2013, n°9 ; S. Piedelièvre : *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Cours, 2015, n°340 ; J.- B. Blaise : *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, 8^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso éditions, Coll. Manuels, 2015, n°677 ; Y. Reinhard : *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, concurrence, consommation*, 8^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, coll. Manuels, 2012, n°248 ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu : *Concurrence déloyale*, Rép. droit commercial Dalloz, 2014, n°128.

⁶² S'agissant d'une action en responsabilité civile, l'établissement du préjudice est *a priori*, indispensable (et textuellement rappelé par l'art. L. 442-6, I C. com. : « engage la responsabilité civile de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé...) même si la quasi-unanimité des auteurs ne s'attardent guère sur ce point lorsqu'ils abordent la sanction des pratiques restrictives de concurrence, v. toutefois : M. Pédamon, H. Kenfack : *op. cit.*, n°658 ; M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°267.

⁶³ V. par ex. : Cass., com., 10 juill. 2007, n° 05-18.571, Bull. civ., IV, n°189 ; CCC, 2007, comm. 275, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; JCP, E, 2008, 1638, note D. Mainguy, *in Chr.* « Droit de la distribution », spéc. n°5.

⁶⁴ V. par ex., pour la pratique restrictive de concurrence consistant en la rupture brutale d'une relation commerciale établie : Cass. com., 3 mars 2004, n°02-17.623, où l'indemnisation est refusée au demandeur, faute pour lui de rapporter la preuve de son préjudice ; Cass. com., 10 fév. 2015, n°13-26.414, Bull. civ., IV, n°19 : « Seuls sont indemnisables les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même », la démonstration du préjudice résultant de la durée insuffisante du préavis doit ainsi être réalisée par le demandeur devant les juges du fond ; D. 2015, p. 429 ; AJCA, 2015, p. 182, note S. Carval ; JCP, E, 2015, 1180, note sous arr. S. Le Gac-Pech ; CCC, 2015, comm. 89, note sous arr. N. Mathey ; RLDC, 4-2015, n°125, p. 18-19, note C. Le Gallou ; *Adde*, pour une évaluation précise du préjudice découlant de la rupture brutale partielle des relations commerciales : Cass. com., 3 fév. 2015, n°13-24.592 et n°13-25.496 ; CCC, 2015, comm. 90, note N. Mathey ; V., pour une étude très détaillée de la jurisprudence relative au préjudice en matière de rupture brutale des relations commerciales : O. Deshayes : « Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie », *in Colloque* : « La rupture des contrats d'affaires : questions sensibles », Paris, 14 avr. 2010, RLDA, 07-2010, n°51, p. 98-107.

b. *Les tempéraments du droit de la concurrence déloyale et du droit des pratiques restrictives de concurrence à l'établissement du préjudice.*

326. Présomption de préjudice. Alors que le droit commun de la responsabilité civile impose la démonstration d'un préjudice avant d'en accorder la réparation, sous forme de dommages et intérêts, la jurisprudence relative à la concurrence déloyale tend à présumer le préjudice. En effet, elle n'en demande pas systématiquement de démonstration précise, estimant que le « préjudice s'inférait nécessairement des actes de concurrence déloyale »⁶⁵, ce que la doctrine apprécie diversement⁶⁶. La logique semble similaire en droit des pratiques restrictives de concurrence, où la démonstration du préjudice tend à devenir une présomption tirée de la faute, et ne pas être indispensable au prononcé d'une indemnisation⁶⁷, celle-ci

⁶⁵ Cass. com., 22 oct. 1985, n°83-15.096, Bull. civ., IV, n°245, où la Cour d'appel avait refusé d'accéder à la demande en indemnisation en raison d'un acte de concurrence déloyale en raison du fait que cet acte était « resté sans effet », la Cour de cassation casse cette décision en estimant que « l'existence du préjudice s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés », présument un préjudice dont l'existence était, à tout le moins, difficile à prouver ; Sur cet arrêt, v. D. 1986, p. 339, note Y. Serra ; Il convient d'analyser cette présomption de préjudice comme le résultat d'une évolution jurisprudentielle. Ainsi, il a d'abord été considéré qu'un détournement effectif de clientèle n'était pas nécessaire à l'action en concurrence déloyale, soit en d'autres termes que le préjudice non encore réalisé était indemnisable ; Sur ce point, v. : Cass. com., 17 janv. 1967, n°64-12.469, Bull. civ. IV, n°68 ; *Adde*, pour un autre ex. parmi d'autres, donnant une solution similaire : Cass. com., 9 oct. 2001, n°99-16.512, où la Cour de cassation casse une décision d'appel qui avait considéré que le préjudice découlant de l'acte de concurrence déloyale n'était pas prouvé, en estimant « qu'un trouble commercial d'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale » ; CCC, 2002, comm. 6, note M. Malaurie-Vignal ; RTD Civ., 2002, p. 304, note P. Jourdain ; *Adde*, sur cette présomption du préjudice : S. Carval : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, thèse, préf. G. Viney, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 250, 1995, n°125 et s. ; M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°320 ; L. Arcelin-Lécuyer : *op. cit.*, loc. cit. ; L. Vogel : *op. cit.*, n°457 ; Y. Reinhard : *op. cit.*, n°256 ; G. Ripert, R. Roblot, dir. M. Germain, L. Vogel : *op. cit.*, n°731 ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu : *op. cit.*, n°129 et s. ; D. Fasquelle : « Concurrence déloyale : amende civile ou dommages punitifs », *Gaz. Pal.*, 2001, p. 1681-1691, spéc. p. 1683.

⁶⁶ V. pour les auteurs qui semblent approuver cette présomption de préjudice en matière de concurrence déloyale : J. Azéma : *op. cit.*, n°170 ; Pour les auteurs qui sont critiques à l'égard de cette tendance jurisprudentielle : D. Mainguy, M. Depincé : *op. cit.*, n°133.

⁶⁷ V., en matière de rupture brutale des relations commerciales établies, où il a semblé arriver en jurisprudence, que soit prononcée une indemnisation en l'absence de réel préjudice consécutif à la rupture brutale, mais simplement en raison de cette rupture brutale, lorsque la Cour de cassation a estimé que « le délai du préavis suffisant s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture ; (...) en cas d'insuffisance du préavis, le préjudice en résultant est évalué en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire » (Cass., com., 9 juill. 2013, n°12-20.468, Bull. civ., IV, n°115 ; D. 2013, p. 2324, note C. Mouly-Guillemaud ; JCP, E, 2013, 1499, note sous arr. C. Vilmart ; CCC, 2013, comm. 209, note sous arr. N. Mathey ; RDC, n°1-2014, p. 69, note C. Grimaldi) c'est-à-dire que l'évaluation du préjudice ne peut prendre en compte l'éventuelle reconversion avec succès de celui au détriment de qui la relation commerciale avait été rompue brutalement ; V. égal. en ce sens : Cass., com., 22 oct. 2013, n°12-28.704 ; En matière de soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, il semble que les décisions jurisprudentielles qui ont condamné des professionnels pour la mise en place de telles pratiques n'aient pas eu à se prononcer sur le préjudice subi par la victime, et n'ont pas prononcé le versement d'une indemnisation sous forme de dommages et intérêts à ladite victime. Sur ce point, v. : N. Rue, N. Contis : « Cinq ans de jurisprudence sur la notion de déséquilibre significatif : Bilan et perspectives », *JCP, G*, 2014, 323, spéc. *in fine*. Sur ce point, v. déjà : S. Carval : *op. cit.*, n°142, où l'auteur démontre la souplesse de la jurisprudence dans l'appréciation du préjudice subi en raison d'une pratique restrictive de concurrence qui semble laisser place au prononcé d'une indemnisation en l'absence de démonstration d'un préjudice.

devenant forfaitaire⁶⁸. Ces décisions jurisprudentielles posent la question de savoir si le préjudice est nécessairement à établir en droit de la concurrence déloyale et en droit des pratiques restrictives de concurrence, ou si, à la différence de la responsabilité civile de droit commun, cette démonstration n'est pas nécessaire. En réalité, la réponse à cette interrogation invite à une distinction. La présomption de préjudice permet à la jurisprudence le prononcé d'une indemnisation. La démonstration d'un préjudice différent permet le prononcé d'une indemnisation réparatrice, potentiellement supérieure. En d'autres termes, même si le préjudice n'est pas d'une grande importance, une « indemnisation-socle » pourra être prononcée⁶⁹. En revanche, cela n'empêche pas la démonstration précise d'un préjudice, afin d'en obtenir une réparation intégrale. En cela, la jurisprudence rendue sur le fondement des deux branches du droit de la concurrence apparaît très avant-gardiste, puisqu'elle laisse place à une indemnisation, non plus simplement fondée sur la démonstration d'un préjudice, mais parfois déduite de la faute. Il s'agit de la distinction entre le dommage subi par la victime, et le préjudice qui doit être réparé. L'objectif est alors celui d'une réparation qui va au-delà de la réparation intégrale, puisque s'y ajoute une indemnisation à vocation punitive ou dissuasive. Cette distinction conduit la matière à insérer au sein même de l'indemnisation fondée sur la responsabilité civile, une double dimension, réparatrice, mais aussi répressive⁷⁰.

327. La distinction entre dommage et préjudice. La distinction entre le dommage effectivement subi par la victime, et le préjudice indemnisable, ce dernier pouvant être évalué comme supérieur au dommage, implique de différencier entre l'atteinte elle-même et ses conséquences juridiques. Cette distinction présente un double avantage. D'abord, elle permet potentiellement de ne pas avoir à démontrer un préjudice chiffré pour la victime, qui, même si

⁶⁸ V. sur cette analyse : L. Vogel : « La dérive du droit de la rupture brutale des relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Germain*, Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 855-866, spéc. n°11 et 12 où l'auteur constate que la jurisprudence a tendance à accorder des indemnisation même sans préjudice, et aboutit à la considération qu'il s'agit d'un forfait, en fonction de la durée de préavis qui aurait été nécessaire.

⁶⁹ L'indemnisation du trouble commercial peut être vue comme une indemnisation-socle ; v. en ce sens : J. Passa, J. Lapousterle : *Domaine de l'action en concurrence déloyale*, Jcl. Concurrence-consommation, fasc. 240, 2014, n°19.

⁷⁰ Sur ce point, v. : S. Carval : *op. cit.*, n°115 et s. où l'auteur montre que la responsabilité civile est en matière de concurrence, « bien moins un instrument de réparation des dommages qu'un outil de répression des fautes concurrentielles » ; M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibl. des thèses, 2005, n°509 et s. où l'auteur met en évidence que l'appréciation du dommage réparable en jurisprudence en matière de concurrence déloyale et de pratiques restrictives de concurrence est atténuée, ce qui permet d'alléger le « fardeau probatoire de la victime » (n°518) ; M. Dumarçay : *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, th., dir. V. Sélinsky, Université Montpellier I, 2008, t. II, n°413 où l'auteur part de la dimension punitive de l'indemnisation qui peut être prononcée en matière de concurrence déloyale pour démontrer que des dommages et intérêts punitifs pourraient être envisagés au niveau communautaire, pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles.

ce préjudice est difficilement quantifiable ou inexistant, pourra obtenir du responsable une indemnisation. Ensuite, au-delà de l'établissement d'un préjudice subi par la victime en raison du dommage, la distinction entre les deux notions permet également d'aller, au stade de l'indemnisation, au-delà du préjudice qui a simplement été causé par le dommage. Dans les deux situations, il s'agit en réalité de la dimension punitive des dommages et intérêts qui seront dus par le responsable en raison de sa faute. Il s'agit de considérer que les dommages et intérêts assurent une réparation intégrale du préjudice démontré, mais aussi une punition ou une dissuasion du responsable de commettre la faute. Le préjudice indemnisable peut alors être supérieur au dommage subi. Les dommages et intérêts punitifs suscitent le débat en doctrine, en raison de l'abandon qu'ils induisent du principe de la réparation intégrale du préjudice⁷¹. Pourtant, en droit de la concurrence, le débat apparaît moins sensible⁷². En effet, ce droit, au-delà de permettre l'indemnisation du préjudice subi par la victime d'un fait de concurrence illicite, vient sanctionner des pratiques, et tente de les dissuader. Dans ce domaine, il ne s'agit pas de dépasser ou d'abroger le principe de la réparation intégrale du préjudice, mais d'ajouter à ce principe une indemnisation punitive. Celle-ci a l'avantage de dissuader des comportements illicites, de les sanctionner, de permettre une indemnisation même en l'absence de préjudice, mais aussi une indemnisation supérieure au préjudice, lorsque celui-ci est démontré. La responsabilité prend alors une dimension que certains nomment « peine privée »⁷³, et qu'il est plutôt possible de voir comme une dimension punitive.

⁷¹ V. pour des positions critiques à l'égard d'une possible consécration des dommages et intérêts punitifs : A. Bénabent : *Droit des obligations*, précité, n°420, où l'auteur exprime ses « graves réserves à l'égard de ce qui ferait du droit civil un instrument sanctionnateur au profit privé du créancier » ; M. Poumarède : *Droit des obligations*, précité, n°800, où l'auteur, estimant que ces dommages confondraient réparation et répression, concède néanmoins que ces dommages punitifs peuvent être utiles dans des matières comme le droit de la concurrence ou le droit de l'environnement ; V. pour des positions plus favorables à l'adoption des dommages et intérêts punitifs en droit commun de la responsabilité civile : D. Mainguy, J.- L. Respaud : *Droit des obligations*, précité, n°439, où les auteurs mettent en évidence une dimension qui pourrait rendre plus efficace, ou plus préventif le droit de la responsabilité ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *Droit des obligations*, précité, n°570, où les auteurs estiment que les dommages et intérêts punitifs peuvent être une fonction punitive et dissuasive de la responsabilité civile.

⁷² Sur ce point, v. : G. Viney : « Evolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile », précité, spéc. p. 37 où l'auteur se prononce en faveur de dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative, « lorsque l'auteur est en mesure de calculer le profit qu'il retirera de sa faute et de constater qu'il sera supérieur à la perte qu'il risque de subir en cas de condamnation à réparer le dommage », ce qui permettrait de « décourager les pratiques illicites », en particulier dans le domaine de la concurrence déloyale.

⁷³ Sur la définition de la peine privée, v. par ex. : R. Demogue : n°384 : « Si le dommage matériel est faible et dépassé de beaucoup par le désir de réagir contre l'acte dommageable et d'en prévenir le retour, la réparation pourra dépasser le dommage, ce sera la peine privée » ; Sur la « fonction de peine privée de la responsabilité civile », V. en particulier : B. Starck : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Préf. M. Picard, Paris : L. Rodstein, 1947, spéc. p. 354 et s. où l'auteur analyse la fonction de peine privée de la responsabilité dans le sens d'une peine prononcée à l'égard du responsable (précision faite, p. 384 qu'il s'agit de sanctionner le fait d'avoir causé un trouble individuel, et non social, les troubles sociaux étant sanctionnés par le droit pénal), mais aussi dans le sens d'une prévention des dommages ; S. Carval : *op. cit.*

328. La dimension punitive de la réparation prononcée sur le fondement de la concurrence déloyale et sur celui des pratiques restrictives de concurrence. Le fait qu'il ne soit pas nécessaire d'établir un préjudice en matière de concurrence déloyale ou de pratiques restrictives de concurrence, mais aussi le fait que l'indemnisation finalement prononcée puisse l'être en l'absence de préjudice, ou puisse être supérieure à ce préjudice amène au constat selon lequel le droit de la concurrence, lorsqu'il s'en remet à la responsabilité civile pour punir un certain nombre de pratiques, confère à cette sanction à la fois un caractère réparateur, et un caractère punitif et dissuasif. Il en va ainsi de la présomption de préjudice en matière de concurrence déloyale, ou du trouble commercial que la jurisprudence a parfois caractérisé, en l'absence de réel élément de preuve, en aboutissant à un socle en-deçà duquel l'indemnisation ne peut descendre. L'action en concurrence déloyale apparaît alors comme revêtant, au-delà des caractéristiques d'une action en responsabilité, celles d'une action disciplinaire⁷⁴, conduisant à remplir une fonction de « peine privée »⁷⁵. La logique pourrait apparaître à l'identique en droit des pratiques restrictives de concurrence, où la démonstration d'un préjudice ne devrait pas être vue comme toujours nécessaire au prononcé d'une indemnisation sur le fondement de la responsabilité civile⁷⁶. La fonction de peine privée se trouve alors être commune à l'indemnisation prononcée sur le fondement de la concurrence déloyale et à celle prononcée sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence. Supposant une distinction entre le dommage et le préjudice, elle intervient comme un tempérament apporté de

⁷⁴ Un certain nombre d'auteurs voient en effet dans l'indemnisation du trouble commercial une dimension plus disciplinaire ou punitive et dissuasive de la concurrence déloyale : J. Azéma : *op. cit.*, n°170 ; J.- B. Blaise : *op. cit.*, n°677 ; R. Bout, M. Bruschi, M. Luby, S. Poillot-Péruzzetto, C. Mathonnière : *Lamy droit économique*, 2015, n°2757, où les auteurs évoquent « l'aspect disciplinaire de l'action en concurrence déloyale » ; M. Pédamon, H. Kenfack : *op. cit.*, n°672 ; Mais, l'indemnisation du trouble commercial sur le fondement de la concurrence déloyale peut être vue par d'autres auteurs comme une dimension protectrice du marché de la concurrence déloyale : D. Houticeff : *op. cit.*, n°1096, où l'auteur voit dans l'indemnisation du trouble commercial l'indemnisation d'une perturbation du marché, semblant reconnaître à l'action en concurrence déloyale un aspect protection du marché ; G. Decocq, A. Ballot-Léna : *op. cit.*, n°646, où les auteurs estiment que le trouble commercial est une « notion fourre-tout qui englobe tous les comportements qui perturbent le jeu normal du marché » ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu : *répertoire commercial*, Dalloz, V° « concurrence déloyale », 2014, n°137.

⁷⁵ V. : M. Chagny : *op. cit.*, n°528 et s., et n°692 et s. ; B. Starck : *op. cit.*, *loc. cit.* ; S. Carval : *op. cit.*, n°125 et s. ; G. Viney : *Responsabilité civile*, chr., JCP G, 1993, I, 3727, spéc. n°42 : « la concurrence déloyale relève nettement de la fonction de peine privée » ; du même auteur : « évolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile », précité ; P. Le Tourneau : « Le bon vent du parasitisme », CCC, 2001, Chr. 1, où l'auteur approuve l'aspect de peine privée de la responsabilité civile en matière de parasitisme.

⁷⁶ Sur ce point, v. : S. Carval : *op. cit.*, n°142 et s., où l'auteur regrette que le législateur qui a adopté les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence, et qui les a sanctionnées par la responsabilité civile de leur auteur, « ne soit pas allé au bout de sa logique, en faisant une place à la peine privée » ; Il est cependant peu d'exemples de décisions jurisprudentielles qui auraient accordé une indemnisation en l'absence de préjudice, ou une indemnisation supérieure au préjudice en matière de pratiques restrictives de concurrence ; Il convient également de préciser que, contrairement à la concurrence déloyale, les pratiques restrictives de concurrence peuvent être sanctionnées indépendamment de l'existence de tout préjudice, par une amende civile par exemple.

la même manière par les deux branches du droit de la concurrence, au droit commun de la responsabilité civile. Mais, en suivant les conditions posées par ledit droit commun, la démonstration de la faute et la preuve d'un préjudice ne sauraient suffire, il convient d'établir également un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

3. Le lien de causalité.

329. Le lien de causalité en droit commun de la responsabilité du fait personnel. Le lien de causalité désigne le lien juridique qui existe entre la faute et le préjudice. L'indemnisation d'un préjudice ne peut avoir lieu qu'à la condition que ce préjudice soit la conséquence directe de la faute de celui dont la responsabilité est recherchée, ou en d'autres termes que « la faute est la condition *sine qua non* du dommage »⁷⁷. La doctrine a développé deux théories principales afin de rendre compte du lien de causalité. D'une part, la théorie de l'équivalence des conditions consiste à prendre en considération l'ensemble des événements qui ont entraîné le dommage, tous les « faits sans lesquels le dommage ne se serait pas produit »⁷⁸. D'autre part, la théorie de la causalité adéquate suppose de rechercher et d'isoler la cause efficiente du dommage⁷⁹. Ces deux théories pourraient être dépassées par le développement, par certains auteurs, de la causalité juridique⁸⁰. Si elle ne tranche pas clairement en faveur de l'une ou de l'autre de ces théories, la jurisprudence demeure attentive à la démonstration du lien de causalité en matière de responsabilité⁸¹, et vérifie que le dommage n'a pas été engendré par une autre cause que la faute, ou n'est pas le résultat de plusieurs facteurs. La même attention est appliquée lorsqu'il s'agit d'appliquer la responsabilité en droit de la concurrence déloyale ou en pratiques restrictives de concurrence.

330. La démonstration du lien de causalité en droit de la concurrence déloyale et en droit des pratiques restrictives de concurrence. Les responsabilités dont il est question en matière de concurrence déloyale et de pratiques restrictives de concurrence reposent sur la démonstration de fautes qui s'analysent en des comportements ou pratiques visées par la loi, en

⁷⁷ M. Poumarède : *op. cit.*, n°881.

⁷⁸ Pour reprendre la définition donnée par P. Brun : *op. cit.*, n°233.

⁷⁹ Ces deux théories se trouvent exprimées dans nombre d'ouvrages, v. par ex. : G. Marty, P. Raynaud : *op. cit.*, n°549 ; P. Le Tourneau et *alli* : *op. cit.*, n°1715-1716 ; D. Mainguy, J.-L. Respaud : *op. cit.*, n°376 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette : *op. cit.*, n°860 ; S. Porchy-Simon : *op. cit.*, n°840-841 ; M. Poumarède : *op. cit.*, n°875 et s. ; C. Renault-Brahinsky : *op. cit.*, n°502-505 ; P. Malaurie, L. Aynès : *op. cit.*, n°92-93 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki : *op. cit.*, n°737 ; P. Delebecque, F.-J. Pansier : *op. cit.*, n°149-150 ; M. Cabrillac : *op. cit.*, n°322 ; P. Brun : *op. cit.*, n°232 et s.

⁸⁰ V. par ex. : C. Quézel-Ambrunaz : *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, thèse, préf. P. Brun, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2010, n°227 et s., n°293 et s.

⁸¹ Sur ce point, v. P. Le Tourneau et *alli* : *op. cit.*, n°1709 ; P. Brun : *op. cit.*, n°246.

matière de pratiques restrictives de concurrence, ou par la jurisprudence, en matière de concurrence déloyale, puis sur l'établissement d'un préjudice, même si celui-ci ne paraît pas toujours indispensable au prononcé d'une indemnisation. La relation de cause à effet entre la faute et le dommage subi doit *a priori* être prouvée par la partie qui a subi le dommage⁸². Pourtant, l'application des conditions de la responsabilité civile en matière de concurrence déloyale laisse à la doctrine, en matière de causalité, le sentiment d'une présomption tirée de la faute⁸³, ou à tout le moins d'une « appréciation compréhensive des juges »⁸⁴, consistant à apprécier l'évolution du chiffre d'affaires du demandeur⁸⁵, ce qui permet de faciliter la tâche probatoire de la victime. En matière de pratiques restrictives de concurrence, la doctrine⁸⁶, comme la jurisprudence⁸⁷, ne s'attardent guère sur cette condition de la mise en œuvre de la responsabilité. Il est permis de penser que la condition du lien de causalité puisse être appréciée de manière assez compréhensive, à la manière de ce qui se pratique en matière de concurrence déloyale. La sanction prévue par les pratiques restrictives de concurrence lorsqu'une clause peut être ainsi qualifiée se trouve donc être, quant à l'exigence de démonstration d'un lien de causalité comme quant aux autres éléments de la responsabilité civile, calquée sur celle de la concurrence déloyale. La ressemblance se poursuit lorsqu'il s'agit d'étudier les tempéraments

⁸² Cette exigence de démonstration du lien de causalité est régulièrement rappelée en jurisprudence relative à la concurrence déloyale, v. par ex. : Cass. com., 30 janv. 2001, n°99-10.654, Bull. civ., IV, n°27 : « En statuant ainsi, sans caractériser le lien de causalité entre la faute relevée et le préjudice dont elle a constaté l'existence, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle » ; D. 2001, p. 1939, note P. Le Tourneau ; CCC, 2001, comm. 58, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; *Adde* : Cass. com., 16 janv. 2001, n°99-10.756, qui procède au contrôle de l'établissement du lien de causalité ; CCC, 2001, comm. 59, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; L'exigence de démonstration du lien de causalité est également parfois rappelée en matière de pratiques restrictives de concurrence, v. par ex. : Cass. com., 10 fév. 2015, n°13-26.414, Bull. civ., IV, n°19, arrêt et notes précités, où la Cour estime que les juges du fond n'ont pas montré en quoi « l'insuffisance du préavis avait été de nature à engendrer ces préjudices ».

⁸³ D. Mainguy, M. Depincé : *Droit de la concurrence*, précité, n°138 ; F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément : *Droit commercial, activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 11^{ème} éd., Paris : Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2015, n°542 ; CCC, 2001, comm. 58, note M. Malaurie-Vignal sous Cass. com., 30 janv. 2001, précitée ; G. Decocq, A. Ballot-Léna : *op. cit.*, n°647 ; D. Legeais : *Droit commercial et des affaires*, précité, n°639.

⁸⁴ L. Arcelin-Lécuyer : *op. cit.*, n°10 ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu : *Répertoire de droit commercial*, V° « concurrence déloyale », Dalloz, 2014, n°134 ; M. Pédamon, H. Kenfack : *Droit commercial*, précité, n°673 ; D. Houtcief : *op. cit.*, n°1095.

⁸⁵ M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°321.

⁸⁶ Lorsqu'elle traite des sanctions des pratiques restrictives de concurrence, très majoritairement, la doctrine mentionne certes la responsabilité civile de l'auteur, mais ne détaille pas les différentes conditions de mise en œuvre de cette responsabilité, en particulier s'agissant du lien de causalité ; V. par ex. : J. Azéma : *op. cit.*, n°563-564 ; M. Pédamon, H. Kenfack : *op. cit.*, n°658-1 ; D. Houtcief : *op. cit.*, n°1152 ; F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément : *op. cit.*, n°574 ; M. Malaurie-Vignal : *op. cit.*, n°267 ; M.- A. Frison-Roche, M.- S. Payer : *op. cit.*, n°456 ; D. Mainguy, M. Depincé : *op. cit.*, où les auteurs, résumant un trait commun aux ouvrages de la matière, traitent de la responsabilité pour concurrence déloyale en analysant précisément chaque condition de mise en œuvre de la responsabilité (n°84, 133, 138) mais réservent un traitement différent pour les pratiques restrictives de concurrence qui sont sanctionnées par la responsabilité civile de leur auteur, puisque ces conditions ne sont que très peu abordées dans le cadre de cette partie de l'ouvrage.

⁸⁷ V. toutefois : Cass. com., 10 fév. 2015, précité, qui apparaît comme un des rares exemples jurisprudentiels qui s'attarde sur l'exigence de lien de causalité en matière de pratique restrictive de concurrence.

que connaît la concurrence déloyale par rapport aux autres actions en responsabilité civile, notamment relativement à la preuve du préjudice et à celle du lien de causalité.

331. Conclusion du paragraphe. La mise en œuvre de la responsabilité de l’auteur de la pratique restrictive de concurrence, point commun avec le régime de la concurrence déloyale, imposait d’en déterminer la nature, ainsi que les conditions de mise en œuvre. Les pratiques restrictives de concurrence sont sanctionnées par la responsabilité délictuelle. Les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence doivent donc être sanctionnées par cette même responsabilité délictuelle. En effet, leur nature de clause est supplantée par la qualification de pratique restrictive de concurrence, de sorte que la qualification d’acte juridique se trouve substituée par celle de fait juridique, dont la sanction naturelle est la responsabilité délictuelle. Une fois cette précision faite, la mise en œuvre de cette responsabilité en matière de pratique restrictive de concurrence recèle un certain nombre d’adaptations par rapport au droit commun de la responsabilité du fait personnel. Ces spécificités ont été mises en évidence en doctrine, notamment à l’égard de la concurrence déloyale, et il apparaît qu’elles se retrouvent à l’identique en matière de pratiques restrictives de concurrence, et tendent à être consacrées, pour certaines d’entre elles, en droit des pratiques anticoncurrentielles⁸⁸. La responsabilité dont il est question en matière de pratiques restrictives de concurrence se trouve être une application d’un régime identique à celui qui est appliqué en matière de concurrence déloyale. Une fois mise en œuvre, la responsabilité civile de celui qui a stipulé la clause induit un certain nombre d’effets.

§2 : Les effets de la mise en œuvre de la responsabilité de l’auteur de la pratique.

332. Effets de la responsabilité délictuelle et prise en compte du rapport contractuel. La mise en œuvre de la responsabilité délictuelle de l’auteur de la pratique n’est

⁸⁸ Dans ce domaine, v. : directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 nov. 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des états membres et de l’Union européenne ; Cette directive concerne les actions en dommages et intérêts consécutives à une infraction aux art. 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne et aux dispositions nationales qui poursuivent les mêmes objectifs que ces textes (art. 2), et tâche d’alléger la charge de la preuve de la victime de la pratique anticoncurrentielle, en prévoyant que la faute soit constituée si une pratique est constatée par une décision de l’Autorité de la concurrence (art 9), que le préjudice est présumé en matière d’ententes anticoncurrentielles (art 17), ce texte excluant toutefois les dommages et intérêts punitifs (art. 3), ce qui se conçoit aisément s’agissant de pratiques déjà sanctionnées par une Autorité de la concurrence ; Sur ce texte, v. : X. Delpech : « Publication de la directive sur l’indemnisation des pratiques anticoncurrentielles », AJCA, 2015, p. 4 ; J. Grangeon : « La directive relative aux actions en réparation à la suite d’une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du *private enforcement* dans l’Union ? », RLDA, 02-2015, n°101, p. 59-62 ; D. Bosco : « Directives « Damages » : il reste tant à faire », CCC, 2015, repère 5 ; L. Haasbeek : « La Directive sur les actions en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence », CCC, 2015, dossier 5.

pas sans effet. S'agissant d'une responsabilité délictuelle, elle consiste en l'allocation d'une indemnisation à la victime de la pratique fautive (A). S'agissant d'une responsabilité délictuelle s'appliquant à une clause qui, bien qu'ayant perdu sa qualification de clause, n'en demeure pas moins issue d'un contrat, elle implique une prise en compte du contrat existant entre les parties (B).

A. Les effets de la responsabilité délictuelle.

333. Effets relatifs à la nature de la responsabilité. En cas de qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause, la responsabilité encourue est de nature délictuelle. Cette nature implique un certain nombre d'effets principaux, parmi lesquels l'absence d'obligation, pour la victime, de mettre en demeure l'auteur de la pratique de cesser son comportement, mais aussi celui de la réparation intégrale du préjudice, entraînant une absence d'obligation de limiter son dommage pour la victime. L'action engagée par la victime de la pratique peut également revêtir une dimension disciplinaire, ou encore conduire à la cessation de l'illicite.

334. Absence d'obligation de mise en demeure. En matière de responsabilité délictuelle, il n'est pas obligatoire pour la victime d'une faute de mettre en demeure l'auteur de cesser son comportement⁸⁹. La mise en demeure – restée sans effet – n'est indispensable pour engager la responsabilité qu'en matière contractuelle⁹⁰. Appliquée aux pratiques restrictives de concurrence, qui sont observées dans un contexte contractuel, la solution pourrait surprendre. En effet, les parties étant dans une relation contractuelle, il aurait été possible de s'attendre à ce que la victime d'une clause, qualifiable de pratique restrictive de concurrence, mette en demeure son cocontractant d'avoir à s'abstenir d'en demander l'exécution. Or, cette solution, étant réservée aux cas d'inexécution contractuelle, ne peut s'appliquer en matière de pratiques restrictives de concurrence, soumises à la responsabilité délictuelle. La victime de ladite pratique peut donc agir en responsabilité civile sans avoir à mettre, au préalable, en demeure l'auteur d'avoir à cesser son comportement. Elle pourra alors obtenir réparation intégrale du préjudice.

335. Réparation intégrale du préjudice. L'application d'une responsabilité civile de nature délictuelle implique l'application de son principal effet, celui de la réparation intégrale

⁸⁹ Pour un rappel sur ce point, v. : P. Brun : *op. cit.* n°102 ; F. Terré, Y. Lequette, P. Simler : *op. cit.*, n°869 ;

⁹⁰ Art. 1146 C. civ. : En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, « les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation ».

du préjudice. Cela signifie que le montant de l'indemnisation est destiné à ne compenser « rien que le préjudice, mais tout le préjudice »⁹¹. Cet effet de la responsabilité civile délictuelle diffère du régime de l'inexécution contractuelle, où l'indemnisation est soumise à une double limite, celle, identique à la responsabilité délictuelle, du quantum du préjudice, mais aussi celle du dommage prévisible lors de la conclusion du contrat⁹². Le principe de la réparation intégrale, qui est seul applicable en matière délictuelle, s'accompagne d'une absence d'obligation de limiter son propre dommage, pour la victime⁹³. Ce principe a vocation à s'appliquer en matière de pratiques restrictives de concurrence, même s'il faut y apporter un tempérament, qui réside dans la dimension disciplinaire de l'action engagée pour sanctionner ces pratiques. Il peut arriver que soient accordées des indemnisations correspondant à cette dimension punitive et dissuasive, soit que ces indemnisations soient complémentaires à une indemnisation correspondant à la réparation d'un préjudice, soit qu'elles soient les seules prononcées, à défaut de démonstration d'un préjudice. Le principe de la réparation intégrale du préjudice paraît alors pouvoir être dépassé par l'éventuelle allocation de dommages et intérêts punitifs en matière de pratiques restrictives de concurrence, ce qui signifierait que la réparation est « plus qu'intégrale »⁹⁴. Néanmoins, et même si ces indemnisations peuvent exister dans certains autres domaines, elles ne peuvent suffire à renverser le principe de la réparation intégrale, auquel elles ne constituent que des exceptions, construites par la jurisprudence, lorsque celle-ci apprécie avec souplesse les conditions classiques de la responsabilité civile pour aboutir à une indemnisation alors que l'application stricte de ces conditions n'aurait pas nécessairement conduit au même résultat⁹⁵. En revanche, un autre aspect de la finalité de

⁹¹ Pour reprendre l'expression employée par : M. Fabre-Magnan : *op. cit.*, p. 418-422 ; P. Delebecque, F.- J. Pansier : *op. cit.*, n°404 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet : *op. cit.*, n°741 ; M. Poumarède : *op. cit.*, n°1149 ; F. Terré, Y. Lequette, P. Simler : *op. cit.*, n°899 et 900 ; J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux : *op. cit.*, n°387 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *op. cit.*, n°1791 et s. ; Sur le principe de la réparation intégrale, v. aussi : B. Fages : *op. cit.*, n°563 ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *op. cit.*, n°238 ; R. Cabrillac : *op. cit.*, n°339 ; A. Bénabent : *op. cit.*, n°695 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, n°238 ; *Adde* : C. Coutant-Lapalus : *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, thèse, préf. F. Pollaud-Dulian, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2002, spéc. n°202 et s.

⁹² Art. 1231-3 C. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive » (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131 : anc. art. 1150 C. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée »).

⁹³ V. : D. Mainguy, J.-L. Respaud : *op. cit.*, *loc. cit.* ; M. Fabre-Magnan : *op. cit.*, p. 418 ; *Adde*, pour des auteurs qui se prononcent en faveur de l'adoption d'une obligation de minimiser son propre dommage en matière de responsabilité délictuelle : P. Malinvaud, D. Fenouillet : *op. cit.*, n°743 ; F. Terré, Y. Lequette, P. Simler : *op. cit.*, n°899-1.

⁹⁴ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°327 et 328.

⁹⁵ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°326 et 330 ; *Adde* : G. Virassamy : « Le nouveau régime des pratiques restrictives de concurrence entre professionnels », D. 1988, p. 113, spéc. n°30 où l'auteur explique que « soumettre les pratiques

l'action en responsabilité civile est la cessation de l'illicite, dont l'intérêt ne fait aucun doute en matière de pratiques restrictives de concurrence.

336. La cessation de l'illicite. La cessation de l'illicite peut être vue comme un des effets de la responsabilité civile délictuelle, voisin mais différent de la réparation intégrale⁹⁶. Elle revêt une importance toute particulière en matière de pratiques restrictives de concurrence, puisque la responsabilité a, dans ce domaine, vocation à sanctionner la pratique mise en œuvre par une personne. Outre la sanction qui est prononcée sur le fondement de la responsabilité civile, il est tout aussi important que soit ordonnée la cessation de ces pratiques restrictives de concurrence. Le législateur a renforcé cette dimension de l'action lorsqu'il a prévu l'action du Ministre chargé de l'économie et du ministère public en matière de pratiques restrictives de concurrence⁹⁷, la cessation de l'illicite n'étant pas vue comme devant justifier une action distincte de l'action en responsabilité civile⁹⁸. Néanmoins, la précision n'a pas été apportée s'agissant de l'action en responsabilité civile de la victime. Il est permis de penser qu'il ne s'agit pas là d'une impossibilité pour la victime elle-même de faire cesser la pratique dont elle est victime. La question se pose alors de savoir si cette précision était inutile, soit en d'autres termes, de savoir si la cessation de l'illicite fait partie intégrante des effets de la responsabilité civile délictuelle⁹⁹. Un auteur estime sur ce point que « la cessation de l'illicite est l'un des rôles de la responsabilité civile »¹⁰⁰, tandis qu'un autre estime que la cessation de l'illicite est une « fonction attachée à la responsabilité civile »¹⁰¹. Leur position emporte immédiatement la conviction lorsqu'il s'agit de l'appliquer à une pratique restrictive de concurrence, tant l'on imagine mal le juge constater la responsabilité d'une personne et la condamner au paiement de dommages et intérêts à titre d'indemnisation compensatrice du préjudice, en le laissant poursuivre le comportement qui a conduit à cette condamnation. La cessation de l'illicite

restrictives de concurrence au régime du droit de la responsabilité pourrait avoir pour conséquence de laisser des pratiques impunies car la condition du préjudice ne serait pas remplie ».

⁹⁶ En ce sens, v. : C. Bloch : *La cessation de l'illicite*, thèse, préf. R. Bout, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibl. des thèses, 2008, spéc. n°73 et s.

⁹⁷ Sur ce point, Cf. *Infra*, n°370 et s. ; art. L. 442-6, III, al. 2 : « Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article ».

⁹⁸ Cass. com., 18 oct. 2011, n°10-28.005, Bull. civ., IV, n°160 : « L'action autonomie du ministre aux fins de cessation de ces pratiques et aux fins d'annulation des contrats qui en sont le support revêt la nature d'une action en responsabilité quasi-délictuelle » ; CCC, 2012, comm. 9, note sous arr. N. Mathey.

⁹⁹ Cette interrogation est sensiblement différente de l'action en référé que peut introduire la victime d'un acte illicite, avant toute action au fond, et qui permet de faire cesser l'acte illicite, même en l'absence de tout dommage, c'est-à-dire avec une fonction préventive. Pour un rappel de la possibilité pour la victime d'intenter cette action, v. : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, n°29 ; et plus précisément, en matière de pratiques restrictives de concurrence, v. : J.- B. Blaise : *op. cit.*, n°971.

¹⁰⁰ A. Bénabent : *op. cit.*, n°696.

¹⁰¹ C. Bloch : *op. cit.*, spéc. n°230 et s.

apparaît ainsi faire partie intégrante des effets de la responsabilité civile, de sorte que la précision selon laquelle la victime d'une pratique restrictive de concurrence pouvait demander, à l'occasion de son action en responsabilité civile contre celui qui l'a mise en place, que soit ordonnée la cessation de cette pratique, n'était pas nécessaire. Il semble s'agir de l'un des principaux effets de l'action en responsabilité civile délictuelle. Le point sur lequel l'application du régime de la responsabilité civile délictuelle nécessite adaptation est sans doute le fait que, par hypothèse s'agissant d'une clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence, le responsable et la victime de la pratique se trouvent dans un rapport contractuel. Ce rapport contractuel n'empêche nullement l'application d'une responsabilité délictuelle, ainsi que l'application de ces effets, mais conduit à prendre en compte un contrat qui a une double qualité, celle de pouvoir à la fois préexister à l'action en responsabilité civile, et celle de pouvoir subsister une fois la décision judiciaire en matière de responsabilité civile prononcée.

B. La prise en compte du contrat contenant la clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence.

337. Un contrat préexistant et subsistant. Le fait que la responsabilité délictuelle trouve application entre un responsable et une victime qui sont par ailleurs cocontractantes n'est pas sans conséquence. D'abord, cela conduit à s'interroger sur la place du contrat préexistant dans la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle (1). Ensuite, la sanction d'une pratique restrictive de concurrence n'est pas, *a priori*, synonyme de terme des relations contractuelles, de sorte que le contrat qui unissait les parties avant la mise en œuvre de la responsabilité de l'une d'elles, doit subsister, même si une de ses stipulations, qualifiées de pratique restrictive de concurrence, doit en être exclue (2).

1. Le contrat préexistant.

338. L'existence d'un contrat entre le responsable et la victime de la pratique. En matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, il est acquis qu'un contrat existe entre les parties. Même si l'existence de ce rapport contractuel n'est pas de nature à empêcher la responsabilité délictuelle de l'auteur de la pratique d'être engagée, il convient de prendre en considération l'existence du contrat au moment d'envisager les effets de la responsabilité. L'existence d'un contrat, et le fait que ces pratiques soient mises en œuvre entre professionnels, dont les relations sont organisées par ce contrat, invite à s'interroger sur trois points. D'abord, il est possible que le contrat conclu entre les parties contienne une clause

limitative ou exclusive de responsabilité. Ensuite, il est possible que le contrat contienne une clause attributive de juridiction. Enfin, il est possible que le contrat prévoit de s'en remettre à un arbitre pour le règlement des litiges qui naissent entre les parties. Pour chacune d'elles, se pose la question de savoir si elles trouvent application en matière délictuelle.

339. L'effet des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en matière délictuelle. Les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont les stipulations contractuelles par lesquelles les parties décident de limiter le montant de l'indemnisation qu'elles devraient en cas de responsabilité, ou d'exclure leur responsabilité¹⁰². Ces stipulations sont licites en matière contractuelle, à condition de ne pas « contredire la portée de l'engagement pris »¹⁰³. En matière délictuelle, de telles stipulations ne peuvent *a priori* exister puisque responsable et victime n'ont pas la qualité de cocontractants, et n'ont donc pas pu organiser préalablement les effets de leur responsabilité. Pourtant, en matière de pratiques restrictives de concurrence, la question semble devoir se poser puisqu'il s'agit d'une situation où, précisément, les qualités se cumulent, et où le législateur a prévu un cas de responsabilité délictuelle entre contractants¹⁰⁴. Le contrat qui les unit peut prévoir une clause limitative de responsabilité ou de réparation. Si son efficacité ne doit pas faire de doute dans les rapports contractuels, la question se pose en cas d'engagement d'une responsabilité délictuelle. La réponse à la question est relativement aisée, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en matière délictuelle sont prohibées¹⁰⁵, même si certains auteurs sont, à cet égard, critiques¹⁰⁶. Or, les pratiques restrictives de concurrence ressortissent de la matière délictuelle, et il s'ensuit que les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité doivent être

¹⁰² G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « Clause (de non responsabilité) » : « Clause dite aussi exclusive de responsabilité ou d'irresponsabilité, qui a pour objet d'exonérer à l'avance une personne de toute responsabilité pour tel ou tel dommage possible » ; V° « Clause (limitative de responsabilité) » : « clause qui a pour objet de limiter par avance à une somme ou à un taux déterminé le montant des dommages et intérêts ».

¹⁰³ Cass. com., 22 oct. 1996, n°93-18.632, Bull. civ., IV, aff. n°261, *Chronopost* et la jurisprudence postérieure, étudiée *Supra*, n°63-65 ; art. 1170 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131.

¹⁰⁴ Les pratiques restrictives de concurrence entrent ainsi dans la situation visée par J. Abras : *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, thèse précitée, n°4, où l'auteur, montrant que certains considèrent que la question qui paraît réglée d'avance peut être vue comme plus complexe, la responsabilité extracontractuelle pouvant trouver application entre contractants, « si l'une d'eux souffre d'un dommage sans rapport avec l'exécution du contrat ».

¹⁰⁵ Cette prohibition est issue d'une jurisprudence constante, rappelée dans de nombreux ouvrages, parmi lesquels : P. Malinvaud, D. Fenouillet : *op. cit.*, n°760 ; P. Delebecque, F.- J. Pansier : *op. cit.*, n°400 ; P. Brun : *op. cit.*, n°98 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre : *op. cit.*, n°2238 ; V. aussi : J. Abras : *op. cit.*, n°14 et s.

¹⁰⁶ Il s'agit du sens de la thèse de J. Abras : *op. cit.*, qui tend à cantonner le caractère d'ordre public à la responsabilité par suite de faute intentionnelle et de malveillance (n°189), et à rejeter ce caractère d'ordre public pour les autres fautes (lourdes ou légères, *ibidem*), qui seraient alors facteurs de responsabilité mais de manière supplétive de volonté, c'est-à-dire qu'un aménagement de ces responsabilités serait possible (n°192 et s.), par un contrat (n°226 et s.) ; V. aussi en ce sens : P. Brun : *op. cit.*, *loc. cit.*

considérées comme y étant prohibées. De plus, ces dispositions sont d'ordre public¹⁰⁷. Ainsi, si le contrat qui unit responsable et victime recèle une telle stipulation, celle-ci ne peut avoir aucun effet en cas d'action en reconnaissance de responsabilité fondée sur une clause qui met en œuvre une pratique restrictive de concurrence. Il ne semble pas pouvoir être possible de limiter contractuellement la responsabilité encourue pour mise en œuvre d'une pratique restrictive de concurrence¹⁰⁸. La solution devrait être identique en matière de clauses attributives de compétence.

340. L'effet des clauses attributives de compétence en matière délictuelle. Les clauses attributives de juridictions sont les stipulations contractuelles par lesquelles les parties décident, par avance, de la juridiction à laquelle sera soumis le litige qui pourrait naître entre elles, à l'occasion de l'exécution de leur contrat¹⁰⁹. Ces clauses sont licites entre commerçants, et peuvent donc faire partie de leurs contrats¹¹⁰. Vient alors à l'esprit la question de savoir si la victime d'une pratique restrictive de concurrence, prenant la forme d'une clause du contrat, doit respecter la clause attributive de juridiction, incluse dans ce même contrat. Il serait logique que ces clauses suivent le même régime que les clauses limitatives de responsabilité, et qu'elles soient donc prohibées en matière délictuelle, puisque les parties ne sont pas, *a priori*, dans un rapport contractuel avant la survenance du préjudice.

En matière délictuelle, le demandeur peut opter soit pour la juridiction située dans le ressort du domicile du défendeur, soit pour la juridiction du lieu du fait dommageable, ou encore pour celle dans le ressort de laquelle le dommage est subi¹¹¹. En matière de pratiques restrictives de concurrence, une règle identique s'applique, à ceci près que le demandeur doit veiller à respecter la spécialisation des juridictions¹¹². Dans le domaine plus spécifique de la

¹⁰⁷ V. : M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, n°235 ; D. Houtcieff : *op. cit.*, n°1150 ; Cf. *Supra*, n°23.

¹⁰⁸ V. : art. 1281 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, publié par la Chancellerie le 29 avr. 2016, qui prévoit que « les contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle » ; les pratiques restrictives de concurrence semblent pourtant exclues de cette possibilité puisque l'art. 1282 précise qu' « en matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la réparation du préjudice qu'on a causé par sa faute », et qu'il ne fait guère de doute que la mise en œuvre d'une pratique restrictive de concurrence constitue une faute.

¹⁰⁹ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « Clause (attributive de juridiction) » : « Clause d'un contrat par laquelle les parties conviennent de soumettre à une juridiction qu'elles désignent la connaissance des litiges qui pourraient survenir à l'occasion de ce contrat, dérogeant ainsi soit aux règles de la compétence d'attribution (ce qui est licite, elles ne sont pas d'ordre public), soit aux règles de la compétence territoriale (valable si la clause est convenue entre commerçants) ».

¹¹⁰ Art. 48 C. pr. civ. : « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

¹¹¹ Art. 42 et 46 C. pr. civ.

¹¹² Art. L. 442-6, III, al. 5 C. com. et art. annexe 4-2-1 et 4-2-2 de la partie réglementaire du C. com.

sanction des clauses qui mettent en place une pratique restrictive de concurrence, la partie dont est recherchée la responsabilité est cocontractante de la victime de la pratique. Tout comme en matière de clauses limitatives de responsabilité, le contrat qui unit les parties peut donc contenir une clause attributive de compétence, et la question de son respect doit se poser de la même manière qu'en matière de clauses limitatives de responsabilité. Même si une solution similaire semblait devoir être apportée, la jurisprudence n'a pas emprunté cette voie, et opère une distinction. Elle considère en effet que les clauses attributives de compétence doivent, si elles sont suffisamment larges pour s'appliquer aux faits relevant du droit des pratiques restrictives de concurrence, trouver application en cas de contrat international¹¹³. La solution, rendue en matière de rupture brutale des relations commerciales, est inverse en cas de contrat dénué d'élément d'extranéité, où ces clauses sont considérées comme ne devant pas recevoir application¹¹⁴. La distinction opérée par la jurisprudence quant aux clauses attributives de compétence juridictionnelle résulte de celle opérée quant à la nature de l'action consécutive à une rupture brutale des relations commerciales établies, délictuelle dans l'ordre interne, et contractuelle dans l'ordre international, en application notamment des règlements Rome I et II¹¹⁵. La nature contractuelle de l'action en matière de rupture brutale, que la jurisprudence tend à construire face à un contrat international, parallèlement à la nature délictuelle de la même action en droit interne, pose assurément question. Il n'est pas certain que l'application des deux règlements Rome I et II impose une nature contractuelle à l'action. Les pratiques visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce sont sanctionnées par la responsabilité délictuelle. Il n'est pas certain qu'en découlent des obligations contractuelles, comme par exemple celle de ne pas rompre une relation commerciale brutalement, ou celle de ne pas créer de déséquilibre significatif. Ces pratiques restrictives de concurrence demeurent des comportements, qui sont sanctionnés par une responsabilité délictuelle. Le fait que la responsabilité délictuelle appliquée

¹¹³ Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2007, n°06-10.946, Bull. civ., I, n°93 ; RTD Com., 2008, p. 210, note P. Delebecque ; Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, n°07-15.823, Bull. civ., I, n°233 ; JCP, G, 2008, II, 10187, note sous arr. L. D'Avout ; JCP, E, 2008, 2535, note sous arr. N. Mathey ; CCC, 2008, comm. 270, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; RDC, n°1-2009, p. 197, note M. Béhar-Touchais précitée ; JCP, E, 2009, 1409, note M. Ollivry ; Cass. com., 20 mars 2012, n°11-11.570 ; CCC, 2012, comm. 208, note sous arr. N. Mathey.

¹¹⁴ Cass. com., 6 fév. 2007, n°04-13.178, Bull. civ., IV, n°21 ; D. 2007, p. 653, note E. Chevrier ; JCP, G, 2007, II, 10108, note sous arr. F. Marmoz ; CCC, 2007, comm. 91, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; RLC, 10-2007, n°13, p. 85, note M. Chagny ; RDC, n°3-2007, p. 731, note J.- S. Borghetti ; Cass. com., 13 janv. 2009, n°08-13.971, Bull. civ., IV, n°3 ; CCC, 2009, comm. 72, note sous arr. N. Mathey ; RDC, n°3-2009, p. 1016, note D. Mazeaud ; *Idem*, p. 1147, note M. Béhar-Touchais.

¹¹⁵ Cf. Règlement Rome I, n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui concerne les matières civiles et commerciales, et Règlement Rome II, n°864/2007 du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles, dont le champ d'application s'étend aux obligations non contractuelles en matière civile et commerciale. Sur la question, v. : C. Nourissat : « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action », RLDA, 09-2007, n°19, p. 67-69 ; M.- E. Ancel : L'article L. 442-6, I, 5° en droit international privé » RJ Com., 05/2009, n°3, p. 200-207.

aux pratiques restrictives de concurrence résulte de l'emprunt à la concurrence déloyale de sa sanction peut être à même d'éclairer la question d'une manière nouvelle. En effet, le règlement Rome II mentionne les actes de concurrence déloyale, pour y appliquer la loi du pays où le dommage est subi. La transposition, par la jurisprudence, de cette règle en matière de pratique restrictive de concurrence aurait alors le double effet de clarifier une situation troublée, et de parachever le rapprochement entre la responsabilité encourue pour un acte de concurrence déloyale et celle encourue pour une pratique restrictive de concurrence¹¹⁶. Aussi, cela aurait pour conséquence de ne pas faire produire d'effet à la clause attributive de compétence située dans le contrat passé entre responsable et victime de la pratique. Il conviendrait alors de considérer cette clause comme devant recevoir application pour les litiges découlant du contrat, et non pour ceux qui découlent d'obligations délictuelles. La question se pose enfin à l'identique s'agissant des clauses compromissaires qui devraient être pareillement dénuées d'effets en matière de pratiques restrictives de concurrence.

341. L'effet des clauses compromissaires en matière délictuelle. La clause compromissoire est la clause par laquelle les parties décident de soumettre les litiges qui pourraient naître entre elles à une juridiction arbitrale¹¹⁷. De la même manière que les clauses limitatives de responsabilité et les clauses attributives de juridiction, il est possible de s'attendre à ce qu'il ne soit pas possible de donner effet à des clauses compromissaires en matière de pratiques restrictives de concurrence. Pourtant, la solution est, dans ce domaine, différente. Pour peu que la clause compromissoire mentionne de s'en remettre à un tribunal arbitral pour tout litige né du contrat, la jurisprudence considère qu'elle peut recevoir application en matière de pratiques restrictives de concurrence, puisque l'arbitre est à même d'appliquer des dispositions impératives¹¹⁸. Les clauses compromissaires produisent donc effet

¹¹⁶ V. en ce sens : M. Béhar-Touchais : « L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales », RLC, 01/2010, n°22, p. 31-35, spéc. n°9 et s. où la démonstration de l'auteur tend à considérer que « les pratiques restrictives de concurrence devraient être qualifiées d'actes de concurrence déloyale », au sens du Règlement.

¹¹⁷ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « Clause (compromissoire) » : « Stipulation par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les contestations qui pourraient s'élever entre elles ».

¹¹⁸ V. Cass., 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, n°09-67.013, Bull. civ., I, n°156, où la Cour approuve la Cour d'appel qui a estimé la clause applicable dès lors qu'elle visait tout litige en lien avec le contrat et que le contentieux né de la rupture brutale présentait un lien avec le contrat ; D. 2010, p. 2884, note sous arr. X. Delpech, *ibidem*, note M. Audit, O. Cuperlier ; Gaz. Pal., 2010, n°243, p. 16, note G. Bertrou, O. Attias ; RTD Com., 2011, p. 667, note P. Delebecque ; RTD Com., 2012, p. 525, note E. Loquin ; RJ Com., 2010, p. 541-558, chr. P. Berlioz ; V. plus récemment : CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 18 mars 2014, n°12/13601 ; RTD Com., 2015, p. 57, note E. Loquin ; CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 1^{er} juill. 2014, n°13/09208 ; JCP, G, 2014, 1018, note sous arr. N. Mathey ; Sur ces deux arrêts, v. : T. Clay : « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », chr., D. 2014, p. 2541 ; *Adde*, dans la même aff. : Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2015, n°14-25.080, à paraître au Bulletin, où la Cour de cassation estime, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt du 1^{er} juil. 2014 précité, que : « la généralité de la clause compromissoire traduisait la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage tous les litiges découlant du contrat sans s'arrêter à la

en matière de pratiques restrictives de concurrence, et par conséquent en matière délictuelle, notamment pour les actions aux fins d'indemnisation du préjudice¹¹⁹. La solution paraît mal se concilier avec celle qui préside en matière de clauses attributives de juridiction. Sans doute une harmonisation est-elle souhaitable, pour aboutir à une jurisprudence identique, que le contrat attribue tout litige à une juridiction étatique, ou à une juridiction arbitrale.

Les solutions ne sont, pour le moment, pas totalement harmonisées en matière d'effets du contrat préexistant à la mise en œuvre de la responsabilité, par suite de la mise en œuvre d'une pratique restrictive de concurrence. Un effet résiduel de certaines clauses du contrat semble envisageable, alors qu'il est acquis qu'il est impossible de limiter sa responsabilité en cas de pratique restrictive de concurrence. Nombre de décisions en la matière ont été prises en matière de rupture brutale des relations commerciales établies. Pourtant, la sanction des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence intervient alors que, certes, un contrat préexiste à l'engagement de la responsabilité, mais revêt une dimension plus spécifique encore, en ce que le contrat subsiste à l'engagement de la responsabilité. La situation est inconnue de la jurisprudence rendue en matière de rupture brutale des relations commerciales établies. Dans ce domaine, la responsabilité d'un auteur de rupture brutale peut être engagée, mais n'a pas pour conséquence une remise en cause de la rupture elle-même, de sorte que le contrat ne subsiste pas à cet engagement de responsabilité. Il en va différemment en matière de clauses qui sont qualifiées de pratiques restrictives de concurrence puisque, *a priori*, et précision faite qu'il sera amputé de la ou des clauses litigieuses, le contrat subsistera au contentieux délictuel.

2. Le contrat subsistant.

342. La subsistance d'un contrat entre le responsable et la victime de la pratique.

L'éventuelle reconnaissance de la responsabilité civile d'un des cocontractants pour avoir inséré dans le contrat une clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence ne doit pas être de nature à considérer que le contrat doit disparaître. La législation ne semble pas aller en

qualification contractuelle ou délictuelle de l'action engagée » ; JCP, G, 2015, 1228, note L. Weiller ; D. 2015, p. 2526, note N. Dorandeu *in* « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », dir. Y. Picod ; D. 2015, p. 2537, note sous arr. N. Dissaux ; AJCA, 2015, p. 520, note B. Ruy ; CCC, 2016, comm. 41, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; JCP, E, 2016, 1021, spéc n°9, note R. Loir, *in* Chr. « Technique contractuelle », dir. J.- B. Seube.

¹¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2015, n°14-25.080, précité, où la Cour considère que « les articles L. 442-6 et D. 442-3 du Code de commerce ont pour objet d'adapter les compétences et les procédures judiciaires à la technicité du contentieux des pratiques restrictives de concurrence, et que la circonstance que le premier de ces textes confie au ministre chargé de l'économie et au ministère public une action autonome aux fins de protection du marché et de la concurrence n'a pas pour effet d'exclure le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges nés, entre les orateurs économiques, de l'application de l'article L. 442-6, la Cour d'appel en a justement déduit que l'action aux fins d'indemnisation du préjudice prétendument résulté de la rupture des relations commerciales n'était pas celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques ».

ce sens. Au contraire, elle va aller vers une subsistance du contrat. Pour autant, les dispositions législatives relatives aux pratiques restrictives de concurrence demeurent discrètes sur le sort qu'il convient de réserver à la clause qui a été qualifiée de pratique restrictive de concurrence, et plus encore sur le sort du contrat qui contient cette clause.

343. Sort de la clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence.

L'engagement de la responsabilité de celui qui a inséré dans un contrat une clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence ne peut être sans conséquence sur ladite clause. Pourtant, la lecture de l'article L. 442-6 laisse sur ce point un sentiment d'inachevé. En effet, il n'est possible de connaître le sort de la clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence que dans le cas d'une action engagée par le Ministère public ou le Ministre chargé de l'économie. En effet, comme il est prévu que ces parties à l'instance peuvent demander la cessation des pratiques, il est précisé qu'il leur est possible de « faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites »¹²⁰. La précision aurait été utile en cas d'action de la victime de la pratique, qui, en l'absence de précision, ne semble pas pouvoir formuler de demande en ce sens en marge de son action en responsabilité civile. Dans le silence de la loi, la jurisprudence a été amenée à se prononcer sur le sort des stipulations qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, notamment en matière de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Une première tendance, transposant en la matière la sanction que prévoit le droit de la consommation en matière de clauses abusives¹²¹, a consisté à réputer non écrites les clauses qui sont à l'origine de tels déséquilibres¹²². Un revirement¹²³ s'est ensuite esquissé, les arrêts plus récents préférant appliquer la sanction de la nullité absolue de la clause, alors que celle-ci n'est pas demandée par le Ministre chargé de l'économie ou le Ministère public¹²⁴. Cette

¹²⁰ Art. L. 442-6, III, al. 2 C. com.

¹²¹ Art. L. 132-1, al. 6 C. conso.

¹²² V. par ex. lorsque l'action est engagée par la partie soumise au déséquilibre significatif : CA Paris, 7 juin 2013, n°11/08674, précité ; CA Rouen, 1^{ère} ch. civ., 12 déc. 2012, n°12/01200.

¹²³ Ce revirement s'incarne particulièrement par CA Paris, 29 oct. 2014, n°13/11059, où la réputation non écrite d'une clause est une demande de celui qui est soumis au déséquilibre, mais où la Cour préfère la sanction de la nullité. Plus précisément, la Cour estime que « les contrats contraires aux dispositions des articles L. 442-6 du Code de commerce sont entachés d'une nullité absolue, invocable par toute personne intéressée » et la nullité est appliquée à une clause d'un règlement intérieur d'un GIE dont la Cour s'est assurée qu'elle était divisible du reste du règlement ; v. sur ce point la note de M. Chagny, RTD Com., 2014, p. 785, précitée, qui met en évidence la tendance jurisprudentielle ; *Adde*, en ce sens, mais plus généralement pour l'ensemble de l'article L. 442-6 du Code de commerce, M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, précité, n°334 et s.

¹²⁴ Pour un arrêt prononçant la nullité en dehors d'une demande du Ministre chargé de l'économie ou du ministère public, v. : CA Paris, 14 déc. 2010, n°08/09544, qui considère qu'une clause abrégative de prescription qui a pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est « donc nulle et de nul effet » ; D. 2011, p. 511, note X. Delpech ; Gaz. Pal., 5 mai 2011, n°125, p. 7, note M. Mekki, *in Chr.* « Droit de la responsabilité civile » ; Rev. soc., 2011, p. 612, note sous arr. A. Couret ; V. aussi : M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°271.

interprétation du texte a également été retenue par la Commission d'examen des pratiques commerciales¹²⁵, qui prend soin d'ajouter que la sanction consistant à réputer non écrite une clause est une « adaptation de la nullité, dans le cas où le déséquilibre significatif concerne une clause en particulier »¹²⁶. Le sort de la clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence ne fait, désormais, guère faire de doute : celle-ci est nulle. Cette sanction ne peut être sans conséquence sur le contrat qui est préservé entre le responsable et la victime de la pratique.

344. Sort du contrat contenant la clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence. Le contrat entre le responsable et la victime de la pratique restrictive de concurrence n'est, *a priori*, pas annulé dans son entièreté et se trouve donc préservé après le constat de la responsabilité et l'indemnisation du préjudice¹²⁷. Cette préservation ne peut aller sans adaptation. Le Code de commerce, loin d'imposer une obligation de renégocier, demeure discret sur le sort du contrat, et notamment sur les manières de le préserver, alors que la question revêt une importance pratique indéniable. Dans le but d'éviter une nouvelle sanction sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, il paraît indispensable de modifier le contrat en prenant en compte l'annulation d'une ou de plusieurs de ses stipulations. L'esprit du droit des pratiques restrictives de concurrence, en ce qu'il tend vers davantage de loyauté dans les contrats, semble aller dans ce sens¹²⁸.

345. Conclusion du paragraphe. Au-delà des effets classiques de la responsabilité civile délictuelle du fait personnel, il convient de prendre la mesure de la spécificité de l'engagement de la responsabilité en cas de clause contractuelle qualifiée de pratique restrictive de concurrence. Cette particularité ne se retrouve pas en matière de concurrence déloyale où la

¹²⁵ CEPC, avis n°14-02 du 23 janv. 2014 *relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive*, où la Commission, après avoir donné des exemples jurisprudentiels retenant la même solution, estime que « la victime d'une pratique contraire à l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce a la possibilité, à la fois, d'agir en nullité de la clause ou du contrat illicite, et d'engager la responsabilité civile de l'auteur de la pratique », la commission suivant une opinion doctrinale exprimée not. par V. Sélinisky et J. Peyre : « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce », RLC, 1-2005, n°2, p. 114-121 ; *Adde* : M. Chagny : « Quelles sanctions civiles pour les pratiques discriminatoires », note CA Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} sect., 30 sept. 2004, n°01/07008, RLC, 11-2004, n°1, p. 112-113.

¹²⁶ La CEPC considère, dans son avis n°14-02, que cette sanction est « une forme de nullité partielle » et semble affirmer qu'il ne s'agit pas d'une sanction différente de celle de la nullité, mais plutôt d'une « adaptation pour tenir compte du fait que le déséquilibre se manifeste parfois dans une clause en particulier ».

¹²⁷ V. toutefois la possibilité pour le Ministre chargé de l'économie et le Ministère public de demander la nullité du contrat conclu entre le responsable et la victime de la pratique restrictive de concurrence (art. L. 442-6, III, al. 2 C. com.), notamment si la pratique affecte la relation contractuelle au-delà d'une ou plusieurs clauses, et que le contrat ne peut subsister sans encourir le risque d'une qualification en pratique restrictive de concurrence. Il paraît logique que cette sanction puisse être également prononcée dans la même situation, par la victime de la pratique, si le Ministre chargé de l'économie ou le ministère public ne sont pas partie à l'instance.

¹²⁸ Cf. *Supra*, n°162 et *Infra*, n°435 et s.

responsabilité civile, même si cela est possible, est très rarement engagée alors que les parties ont la qualité de contractants.

346. Conclusion de la section. Le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit de la concurrence déloyale partagent la même sanction, l'engagement de la responsabilité civile de celui qui met en place un des comportements que prohibent ces branches du droit de la concurrence. L'étude des conditions de mise en œuvre de la responsabilité a permis de mesurer que la ressemblance ne relève pas simplement de la sémantique, mais se poursuit jusque dans les spécificités des conditions de ces responsabilités par rapport à la responsabilité délictuelle du fait personnel. Elle s'étend encore dans les effets qui sont conférés à ces responsabilités. Elle ne cesse que lorsqu'il s'agit d'évoquer les effets spécifiques à la relation contractuelle préexistante et subsistante à la sanction de la pratique. Il n'en reste pas moins que la responsabilité civile encourue en cas de stipulation d'une clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence est similaire à celle encourue en cas de concurrence déloyale. Toutefois, il faut avoir à l'esprit que, contrairement à la concurrence déloyale, la responsabilité encourue en matière de pratique restrictive de concurrence n'est pas la seule sanction encourue, la matière prévoyant un certain nombre d'autres sanctions, qui relèvent davantage du régime des pratiques anticoncurrentielles.

SECTION 2 : L'APPLICATION DU REGIME DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES.

347. Mise en œuvre d'un régime calqué sur celui du droit des pratiques anticoncurrentielles. Les pratiques anticoncurrentielles sont sanctionnées en raison de leur impact, réel ou potentiel, sur un marché¹²⁹. Cette branche du droit de la concurrence a pour objectif la protection de la concurrence sur un marché, et prohibe notamment les ententes¹³⁰ et les abus de position dominante ou de dépendance économique¹³¹. L'Autorité de la concurrence, autorité administrative indépendante a, dans ce domaine, une triple mission, consultative¹³²,

¹²⁹ Art. L. 420-1 C. com. : « Sont prohibées [...] lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché [...] ».

¹³⁰ Art. L. 420-1 C. com.

¹³¹ Art. L. 420-2 C. com.

¹³² Selon les art. L. 462-1 et L. 462-2 C. com., l'Autorité de la concurrence peut être consultée par les commissions parlementaires sur les questions relatives à la concurrence ou sur les propositions de lois, afin de rendre un avis, de même par ex. qu'à la demande de collectivités territoriales, d'organisations professionnelles et syndicales, d'associations de consommateurs. Selon l'art. L. 462-3 C. com., l'Autorité peut être consultée par les juridictions qui sont amenées, dans les affaires dont elles sont saisies, à se prononcer sur des pratiques anticoncurrentielles.

préventive¹³³, mais aussi curative¹³⁴, en ce qu'elle enquête et sanctionne les pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques anticoncurrentielles prévoit ainsi l'intervention d'un certain nombre d'acteurs dans la prévention ou la répression des pratiques, et instaure un dispositif de sanctions¹³⁵. Il est possible de retrouver une logique identique en matière de pratiques restrictives de concurrence. Dans ce domaine, le législateur a en effet créé une autorité administrative indépendante qui reprend une partie des missions de l'Autorité de la concurrence, à l'exception notable du pouvoir de sanction. S'agissant de ces sanctions, et au-delà des parties elles-mêmes, un certain nombre d'acteurs sont amenés à intervenir dans la procédure, afin que soient prononcées des sanctions non plus réparatrices comme la responsabilité civile, mais répressives, particulièrement proches des sanctions qui peuvent être prononcées en matière de pratiques anticoncurrentielles. C'est ainsi que le droit des pratiques restrictives de concurrence, après avoir emprunté à la concurrence déloyale, emprunte le régime des pratiques anticoncurrentielles, pour le cumuler avec la responsabilité civile de l'auteur de la pratique¹³⁶. Le résultat de cet emprunt consacre l'intervention de plusieurs acteurs dans la sanction des pratiques restrictives de concurrence (§1), mais aussi une répression de ces pratiques (§2). La construction du régime des pratiques restrictives de concurrence apparaît ainsi comme celle d'un droit qui se cherche, entre le droit des pratiques anticoncurrentielles et sa dimension protectrice du marché, et le droit de la concurrence déloyale et sa logique réparatrice.

§1 : Les acteurs de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

348. Méthode préventive et méthode curative. Le droit des pratiques restrictives de concurrence est conçu comme une matière sanctionnant un certain nombre de pratiques, dont la liste figure dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce. La conception de la matière l'a

¹³³ Art. L. 462-4 C. com. : « L'Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés ».

¹³⁴ Art. L. 462-5 C. com. prévoit que l'Autorité peut prononcer des « sanctions et des injonctions », lesquelles sont détaillées notamment à l'art. L. 464-2 C. com., qui prévoit par ex. la possibilité pour l'Autorité de prononcer une sanction pécuniaire et d'acceptation des engagements de la part des intéressés.

¹³⁵ Parmi ces sanctions, l'art. L. 420-6 C. com. prévoit, pour les personnes physiques qui prennent part à une pratique anticoncurrentielle, un emprisonnement de 4 ans et une amende de 75 000 €, l'art. L. 464-2, I, al. 4 C. com. prévoit la sanction pécuniaire que peut prononcer l'Autorité de la concurrence, et l'art. L. 464-2, I, al. 5 prévoit un certain nombre d'autres sanctions, comme la publication ou la diffusion de la décision par ex.

¹³⁶ Cette responsabilité civile est certes encourue également pour une pratique anticoncurrentielle, mais la possibilité d'engagement d'une action de groupe s'agissant de ces pratiques les tourne résolument vers la protection du marché, alors que cette action de groupe n'est pas possible en droit des pratiques restrictives de concurrence ; Sur cette action, v. art. L. 623-1, 2° C. conso., tel qu'issu de l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016.

conduite à prévoir ces sanctions, mais aussi à faire preuve d'originalité dans la méthode de contestation du fait juridique que constitue la pratique restrictive de concurrence. En ce sens, le droit des pratiques restrictives de concurrence accorde une place toute particulière à la prévention des pratiques qu'il vise, et s'en remet pour cela à une commission spécifique, dont la mission est d'analyser les pratiques qui lui sont soumises, pour les qualifier ou non comme des pratiques restrictives de concurrence. Cette intervention préventive peut être vue comme résultant d'un emprunt au droit des pratiques anticoncurrentielles, où l'Autorité de la concurrence peut être consultée pour avis « sur toute question relative à la concurrence »¹³⁷, sans qu'il n'y ait nécessairement de pratique à sanctionner. Cette méthode préventive (A) ne peut néanmoins aller sans une méthode curative (B), destinée, par l'intervention d'un certain nombre d'acteurs, à faire disparaître les pratiques restrictives de concurrence des relations commerciales. Là encore, la matière fait preuve d'originalité en accordant une place de premier plan à l'autorité publique dans l'appréhension des pratiques restrictives de concurrence, même si celles-ci ont reçu la qualification de clause contractuelle.

A. La méthode préventive.

349. Prévention de la contestation. La méthode préventive que prévoit le droit des pratiques restrictives de concurrence propose de s'en remettre à la Commission d'examen des pratiques commerciales pour analyser une pratique et donner un avis sur son éventuel caractère restrictif de concurrence. Dans le cadre de cette prévention des mauvaises pratiques, la Commission ne rend qu'un avis et ne vient pas sanctionner une pratique ; il s'agit simplement, pour l'auteur de la saisine de ne plus ignorer que la contestation peut avoir lieu, si la pratique ou la clause revêt le caractère de pratique restrictive de concurrence. La Commission d'examen des pratiques commerciales (1) a ainsi un rôle tout particulier en matière de clauses qui ont pour effet une pratique restrictive de concurrence (2).

1. La commission d'examen des pratiques commerciales.

350. Annonce. Créée en 2001 (a), la Commission d'examen des pratiques commerciales est amenée à se prononcer sur des clauses qui ont pour effet des pratiques restrictives de concurrence, qui relèvent de sa compétence (b), dans le cadre d'une procédure préventive (c).

¹³⁷ Art. L. 462-1 C. com, le texte précisant que cet avis est donné par l'Autorité à la demande notamment du Gouvernement, des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des associations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres des métiers ou des chambres de commerce et d'industrie territoriales.

a. *La création de la Commission d'examen des pratiques commerciales.*

351. Apparition de la Commission. En 1999, dans un contexte de concentration de la grande distribution en France¹³⁸, mais aussi de manifestations de producteurs agricoles qui soutenaient être obligés de vendre leur production à la grande distribution en dessous de son coût de production¹³⁹, le pouvoir politique a souhaité réagir¹⁴⁰. Lors du discours de clôture des « assises du commerce et de la distribution », le Premier ministre a annoncé un certain nombre de mesures pour « définir entre producteurs, commerçants et consommateurs les conditions d'un équilibre plus juste »¹⁴¹. Parmi ses annonces, il se prononce alors en faveur d'une « plus grande transparence des pratiques »¹⁴², dans le but d'informer les consommateurs sur la formation des prix et le profit équitable réalisé par les producteurs. Le Premier ministre poursuit en précisant que « pour y veiller, une commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles entre fournisseurs et distributeurs sera constituée »¹⁴³, avec pour mission de « faire la clarté sur les abus constatés et mettre en valeur les bons usages commerciaux »¹⁴⁴. La mission conférée à la Commission paraît alors claire, et sensiblement différente de la proposition du Rapport d'information sur l'évolution de la distribution¹⁴⁵, son action vise à faire la transparence sur les bonnes pratiques, comme sur les mauvaises. Finalement consacrée par la loi en 2001¹⁴⁶, la Commission d'examen des pratiques commerciales¹⁴⁷ a pour « mission de donner des avis ou formuler des recommandations sur les

¹³⁸ La concentration de la distribution est notamment mise en évidence dans le Rapport d'information sur l'évolution de la distribution de J.- Y. Le Déaut du 11 janv. 2000, spéc. p. 38 où les auteurs du rapport montrent que « la concentration de la distribution française s'accroît : elle est aujourd'hui en situation d'oligopole » ; v. aussi : F. Petit : « La commission d'examen des pratiques commerciales : un nouveau cadre juridique pour les rapports entre les fournisseurs et les distributeurs », RRJ, n°1-2002, p. 339-364, spéc. n°6.

¹³⁹ Plusieurs manifestations de producteurs agricoles, notamment de lait et de fruits et légumes avaient eu lieu durant l'été 1999, v. sur ces manifestations et sur la contestation par ces agriculteurs des prix auxquels ils vendent leur production, « en dessous de son coût de revient », Le Monde, n°16982, 1^{er} sept. 1999, spéc. p. 7.

¹⁴⁰ Le gouvernement a, à la suite des manifestations des agriculteurs, annoncé en septembre 1999 les « Assises de la distribution » (Cf. le compte-rendu de l'interview du Premier Ministre au journal télévisé de 20 heures du 13 sept. 2000, paru dans Le Monde, n°16994, 15 sept. 1999, p. 7), qui se sont tenues en janv. 2000.

¹⁴¹ Discours du Premier ministre Lionel Jospin en clôture des assises du commerce et de la distribution sur les « orientations pour corriger les déséquilibres entre partenaires commerciaux, prévenir les abus et garantir que les actes contractuels soient respectés », 13 janv. 2000.

¹⁴² *Ibidem.*

¹⁴³ *Ibidem, in fine.*

¹⁴⁴ *Ibidem.*

¹⁴⁵ En effet, le discours du Premier ministre se concentre sur la transparence et ne reprend pas la proposition d'une commission à même de résoudre des litiges entre partenaires commerciaux incluse dans le Rapport de J.- Y. Le Déaut, précité, spéc. p. 261 : où est proposée la création d'une « commission d'arbitrage des pratiques abusives », qui « serait saisie des litiges bilatéraux survenant entre les partenaires commerciaux sur l'application d'une disposition de conditions générales de vente, de termes d'un contrat ou de mentions figurant sur une facture. Elle pourrait apprécier l'existence d'abus de dépendance économique, d'une pratique discriminatoire ou d'une pratique restrictive interdite par l'article 36 de l'ord. du 1^{er} décembre 1986 ».

¹⁴⁶ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

¹⁴⁷ Ci-après dénommée « CEPC ».

questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumises »¹⁴⁸. Même si la mission de la CEPC se limite à donner des avis ou des recommandations, elle peut apparaître comme une « autorité de régulation »¹⁴⁹ en matière de pratiques restrictives de concurrence. Juridiquement, il s'agit d'une autorité administrative indépendante¹⁵⁰, c'est-à-dire d'un « organisme administratif pourvu de pouvoirs réglementaires ou juridictionnels »¹⁵¹. Son statut est identique à celui de l'autorité de la concurrence, autorité de régulation en matière de pratiques anticoncurrentielles¹⁵². La comparaison invite à considérer la CEPC comme le pendant, en matière de pratiques restrictives de concurrence, de l'Autorité de la concurrence. Pour autant, il convient de ne pas confondre entre les deux autorités, les pouvoirs de l'autorité de la concurrence étant nettement plus importants, et s'étendant par exemple à la sanction des pratiques, alors que la CEPC n'a pas de pouvoir coercitif.

352. Composition de la Commission. La CEPC est une « autorité de régulation professionnelle »¹⁵³, en ce qu'elle donne des avis et des recommandations concernant des relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, mais aussi en ce qu'elle est majoritairement composée de « représentants des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique, ainsi qu'industrielle et artisanale, des transformateurs, des grossistes, des distributeurs »¹⁵⁴. Les professionnels qui peuvent voir leurs pratiques analysées par la Commission sont ainsi représentés au sein même de celle-ci par des membres

¹⁴⁸ Art. L. 441-1, V C. com., issu de l'art. 51 de la loi du 15 mai 2001, créant l'art. L. 440-1 C. com.

¹⁴⁹ L. Nicolas-Vullierme : *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Vuibert, coll. Dyna'sup, série droit, 2011, n°368 ; F. Petit : *op. cit.*, *loc. cit.* ; *contra*, préférant au terme autorité le terme « instance de régulation », en raison de l'« absence de pouvoir » de la CEPC, v. C. Barbusiaux : « La conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi NRE », P. Aff., 3 juin 2002, n°110, p. 11.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Association Henri Capitant, Paris : PUF, coll. Quadriges. Dicos Poche, 2014, V° « Autorité (administrative indépendante) », la définition étant complétée par des exemples comme la Commission Nationale Informatique et Libertés, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel.

¹⁵² Sur la qualification d'autorité administrative indépendante de l'autorité de la concurrence, v. P. Arhel : *Concurrence (règles de procédure)*, Rép. com. Dalloz, 2014, n°3 ; V. Sélinisky : « L'autorité de la concurrence « unique » : une réforme à parfaire », RLC, n°10-2008, p. 202-204, spéc. n°1 ; M. Deschamps : « Instauration de l'Autorité de concurrence en France, réflexions autour de la nécessité d'un débat technique et démocratique », RLC, n°10-2008, p. 204-207 ; D. Bosco : « La nouvelle autorité de la concurrence », *in* Dossier : Moderniser l'économie, CCC, 2008, dossier 8, spéc. n°3 ; G. Notté : « Mise en place de l'Autorité de la concurrence », JCP, E, 2008, act. 505 ; E. Claudel : « Réforme du droit français de la concurrence : le grand jeu ? », RTD Com. 2009, p. 91.

¹⁵³ F. Petit : *op. cit.*, n°7.

¹⁵⁴ Art. L. 440-1, I C. com.

issus d'associations professionnelles ou d'entreprises¹⁵⁵. Les grossistes et distributeurs comme les fournisseurs représentent chacun 37% des membres de la commission¹⁵⁶. Cependant, la commission n'est pas exclusivement composée de représentants professionnels et y siègent également un député et un sénateur, qui doivent être « désignés par les commissions permanentes de leur assemblée en matière de relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs »¹⁵⁷, des « membres des juridictions administratives et judiciaires »¹⁵⁸, des « représentants de l'administration »¹⁵⁹, ainsi que des « personnalités qualifiées »¹⁶⁰. La composition de la Commission a pu être critiquée lors de sa création, en raison de son « hétérogénéité »¹⁶¹, de son « caractère un peu hétéroclite »¹⁶², de sa « largeur »¹⁶³, ou encore parce qu'elle « est pour le moins bigarrée »¹⁶⁴. Certains ont aussi relevé « l'absence de représentation des consommateurs »¹⁶⁵. Si la composition peut en effet apparaître large, il convient de relever que la représentation des consommateurs n'était pas indispensable. En effet, si l'un des objectifs est l'information des consommateurs sur les pratiques commerciales, ceux-ci n'ont pas vocation à prendre part aux avis et recommandations de la Commission qui analyse non pas les pratiques commerciales déloyales au sens du droit de la consommation¹⁶⁶, mais des pratiques mises en œuvre entre fournisseurs et distributeurs, c'est-à-dire avant toute

¹⁵⁵ V. : Liste des membres de la Commission sur : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/Composition-de-la-Commission-d-examen-des-pratique> ; et par ex. de membres représentant les fournisseurs, le président de l'Association nationale des industries alimentaires, un membre de la Fédération nationale des coopératives laitières, le directeur des relations professionnelles du groupe SEB ; et par ex. de membres représentant les grossistes et distributeurs, le délégué général de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution, le président d'Intermarché, la déléguée générale de la fédération française de la franchise.

¹⁵⁶ V. la répartition des membres, consultable sur le site précité de la Commission, les grossistes et distributeurs et les fournisseurs représentent donc 74% des membres de la Commission, les 26% restants se répartissant entre les autres membres.

¹⁵⁷ Art. L. 440-1, I, C. com.

¹⁵⁸ *Idem* ; ces magistrats sont issus des plus hautes juridictions françaises, et parmi eux, se trouvent le Président honoraire de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, un conseiller d'état, et un conseiller à la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

¹⁵⁹ *Idem* ; ces représentants sont issus de la Direction générale des politiques agricoles, agro-alimentaires et des territoires, de la Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services, et de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

¹⁶⁰ *Idem* ; ces personnalités qualifiées sont des Professeurs des Universités dont le domaine de recherches et d'enseignement couvre celui des pratiques restrictives de concurrence.

¹⁶¹ L. Arcelin : « Pratiques commerciales et concentrations économiques : les apports de la loi NRE », CCC, 2001, Chr. 18.

¹⁶² D. Guével : « Quelques aspects de la loi « NRE » en matière de concurrence », Gaz. Pal., 30 mai 2002, n°150, p. 36, n°18.

¹⁶³ F.- J. Pansier, C. Charbonneau : « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (3^{ème} partie) », P. Aff., 23 mai 2001, n°102, p. 14 ; S. Lebreton : « La commission d'examen des pratiques commerciales : une occasion manquée pour la médiation », P. Aff., 26 août 2002, n°170, p. 26.

¹⁶⁴ E. Claudel : « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », RTD Com., 2001, p. 663.

¹⁶⁵ L. Arcelin : *op. cit.*, *loc. cit.* ; S. Lebreton : *op. cit.* ; E. Claudel : *op. cit.*, *loc. cit.* ; D. Guével : *op. cit.*, n°17.

¹⁶⁶ Prévues par les art. L. 121-1 et s. C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, art. L. 120-1 et s. C. conso.).

intervention du consommateur dans la chaîne de distribution des produits. Les limites du domaine de compétence de la CEPC conduisent ainsi à exclure les consommateurs ou leurs représentants de sa composition.

b. La compétence de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

353. Les avis et recommandations. La mission de la CEPC est restée identique depuis sa création, et consiste à « donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis »¹⁶⁷. Sa compétence s'étend ainsi à l'ensemble des pratiques commerciales qui peuvent survenir dans une relation entre producteurs, fournisseurs et revendeurs. Le législateur prend soin de préciser que son rôle s'étend à des pratiques qui prennent la forme d'un simple fait juridique, mais aussi à celles qui prennent la forme d'un acte juridique, puisqu'elle peut se prononcer sur des contrats, des documents commerciaux, ou des factures. Il est vrai que, lors des Assises de la distribution, le doute ne semblait pas permis sur la nécessité d'étendre la compétence de la Commission non seulement aux pratiques commerciales, mais aussi à celles des pratiques qui sont mises en œuvre à l'occasion d'une relation contractuelle¹⁶⁸. Il est possible de déceler, dans le texte qui définit la compétence de la CEPC, un souci du législateur de description des différents stades auxquels les pratiques peuvent apparaître. Celles-ci peuvent apparaître dans la publicité et les documents commerciaux, en d'autres termes, avant le début d'une relation contractuelle, dans le but d'inciter une partie à contracter. Elles peuvent s'exprimer dans le contrat, c'est-à-dire lors de la conclusion de celui-ci. De même, les pratiques peuvent survenir durant l'exécution ou de la rupture du contrat, d'où la compétence de la commission étendue par le terme général de « pratiques concernant les relations commerciales », et la possibilité pour elle d'étudier des factures. Pour autant, la mission de la CEPC est consultative¹⁶⁹, et consiste notamment à se « prononcer sur la conformité au droit de la pratique ou du document qui lui est soumis »¹⁷⁰. La généralité de cette disposition a conduit certains auteurs à souligner que la Commission ne se prononce pas seulement sur la conformité de la pratique commerciale au droit des pratiques restrictives de concurrence, mais peut également se prononcer en matière de droit des contrats

¹⁶⁷ Art. L. 440-1, V C. com.

¹⁶⁸ Cf. *Supra*, n°351.

¹⁶⁹ Soulignant ce point, v. : F.- J. Pansier, C. Charbonneau : *op. cit.* ; E. Claudel : *op. cit.* ; M.- E. Pancrazi : « La moralisation des pratiques commerciales », *Dr. et patr.*, 12-2001, n°99 ; S. Lebreton : *op. cit.*

¹⁷⁰ Art L. 440-1, V, al. 2 C. com.

par exemple¹⁷¹. Mais, le fait que la disposition contienne l'adverbe « notamment » laisse penser que l'avis qu'elle rendra peut, au-delà de la question de la conformité au droit de la pratique, porter sur d'autres considérations¹⁷². Les avis et recommandations représentent une importante part du travail annuel de la CEPC, mais sa compétence en matière de pratiques commerciales est plus large.

354. L'observatoire des pratiques commerciales. La compétence de la CEPC n'est pas limitée aux seuls avis et recommandations puisque la loi lui confère « en outre, un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs et revendeurs qui lui sont soumis »¹⁷³. Cette compétence de la CEPC lui permet de remplir le rôle que ses créateurs ont souhaité lui confier, celui de faire la transparence sur les pratiques commerciales entre fournisseurs et distributeurs. A travers les cas qu'elle aura à étudier, au-delà de livrer son avis sur la conformité de la pratique à la législation, la CEPC devra également garder une trace de la pratique, dans le but d'informer sur l'évolution de ces pratiques. Ce rôle d'observatrice des pratiques commerciales se traduit par l'établissement d'un rapport d'activités annuel, qui est public¹⁷⁴. Une modification de son rôle d'observatoire des pratiques est intervenue en 2005¹⁷⁵ dans un sens de renforcement puisque son rapport devra désormais comprendre non seulement les activités de la CEPC, mais aussi une « analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du présent titre ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales »¹⁷⁶, ainsi que « les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs »¹⁷⁷. Pour résumer, le rapport annuel de la Commission comprend l'ensemble des décisions qui concernent des pratiques visées par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce. Il faut reconnaître que ce rapport accède alors pleinement à son objectif de transparence puisqu'il ne semble pas y avoir de meilleure source pour connaître des décisions prises dans ce domaine, et par conséquent des pratiques commerciales qui sont mises en œuvre entre professionnels, que celles-ci aient été sanctionnées ou non. Pour l'assister dans cette tâche, la CEPC coopère avec

¹⁷¹ M.- E. Pancrazi : *op. cit.*

¹⁷² *Ibidem.*

¹⁷³ Art. L. 440-1, V, al. 4 C. com.

¹⁷⁴ Art. L. 440-1, V, al. 5 C. com.

¹⁷⁵ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 56 ; Sur ce point qui fut assez peu relevé lors de l'adoption de la loi, v. : C. Vilmart : « Le volet concurrence de la loi en faveur des PME : de la « facturologie » au « bidouillage » », *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2005, n°326, p.2 ; G. Decocq : « La transparence tarifaire et les pratiques restrictives », *in* C. Caron, G. Decocq : « Droit interne de la concurrence », *Chr.*, JCP, E, 2006, 1017, spéc. n°8 ;

¹⁷⁶ Art. L. 440-1, V, al. 5 C. com.

¹⁷⁷ *Ibidem.*

la DGCCRF, qui « recense les décisions judiciaires prononcées à la suite de poursuites engagées par ses services »¹⁷⁸, et du Centre de droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier, qui « analyse les décisions prononcées à la suite d'actions engagées par les opérateurs économiques »¹⁷⁹. La mission d'observatoire des pratiques commerciales de la CEPC la conduit ainsi à publier annuellement des bilans de décisions établis grâce au concours de ses partenaires, au-delà de la publication de son propre rapport d'activité, qui reprend les avis et les recommandations qu'elle a prises au cours d'une année, au terme de la procédure à respecter devant elle.

c. La procédure devant la Commission d'examen des pratiques commerciales.

355. La saisine de la CEPC. Un certain nombre de personnes est habilité à saisir la Commission. Parmi celles-ci, se trouvent le ministre chargé de l'économie ou du secteur économique concerné, le président de l'Autorité de la concurrence¹⁸⁰, mais aussi « toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres consulaires ou d'agriculture »¹⁸¹. En outre, le producteur, fournisseur ou revendeur qui s'estime lésé par une pratique commerciale peut saisir la commission, mais celle-ci a également la capacité de se saisir d'office¹⁸². Enfin, il est possible pour une juridiction amenée à se prononcer, dans des affaires dont elle est saisie, sur « des pratiques définies au présent titre », de consulter la commission¹⁸³. Cette dernière manière de saisir la CEPC d'une demande d'avis concernant une pratique commerciale peut

¹⁷⁸ Préambule de la Convention de partenariat (années 2013-2016) entre la Commission d'examen des pratiques commerciales, et la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, et la Faculté de droit de Montpellier, consultable sur le site de la Commission : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/convention_partenariat_montpellier2013.pdf. Cette convention fait suite à une précédente convention, conclue entre les mêmes parties par périodes triennales successives depuis 2007.

¹⁷⁹ *Ibidem.*

¹⁸⁰ Art. L. 440-1, IV C. com.

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² *Ibidem.*

¹⁸³ Art. L. 440-1, IV, al. 2 C. com. ; cette faculté de consultation offerte aux juridictions a été ajoutée dans ce texte par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, art. 125, mais avait été créée par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art 93, I, 3°, c), se situait alors au sein de l'ancien art. L. 442-6, III, al. 6 C. com., seulement pour les pratiques visées par cet article, et non pas comme depuis 2014, l'ensemble des pratiques prévues par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce ; A l'heure actuelle, selon le site de la CEPC, seul un avis a été rendu à la suite d'une saisie par une juridiction, l'avis n°12-03 du 10 avr. 2012 relatif à un contrat de licence d'exploitation d'un site internet, le tribunal de commerce de Paris avait alors, dans un jugement du 23 fév. 2012 constaté l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, et avait saisi la CEPC pour lui demander son avis sur le contrat qui lui était soumis. Sans l'analyser sur le fond, la CEPC avait conclu que le contrat ayant été conclu en 2007, ne pouvait pas être soumis aux dispositions relatives au déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, qui ne sont en vigueur que depuis août 2008.

être vue comme donnant toute sa dimension à sa mission consultative¹⁸⁴, et même s'il avait été relevé, lors de la création de la Commission, que rien n'empêchait les parties à un litige pendant devant une juridiction de la saisir¹⁸⁵, la consécration de la saisine par la juridiction elle-même est d'une autre nature. Dans l'attente de l'avis de la CEPC, la juridiction sursoit à statuer, même si elle peut prendre des mesures conservatoires ou urgentes¹⁸⁶.

356. Le déroulement de la procédure devant la CEPC. La loi impose un délai maximal de quatre mois entre la saisine de la CEPC et la connaissance de son avis¹⁸⁷. Une fois qu'elle est saisie par l'une des personnes habilitées, la Commission, si la saisine entre dans son champ de compétence, se prononce d'abord sur sa recevabilité. En cas de demande recevable, la Commission la confie à un rapporteur pour instruction, voire même à un groupe de travail si la question posée nécessite un travail conjoint de plusieurs membres de la commission¹⁸⁸. Durant le temps de l'instruction, l'anonymat des saisines est garanti par la loi¹⁸⁹, et les membres de la commission sont tenus au secret professionnel pour l'ensemble des éléments dont ils peuvent avoir connaissance à l'occasion de leurs fonctions¹⁹⁰. La Commission s'est en outre vue attribuer des pouvoirs d'enquête durant laquelle elle peut entendre « les personnes et fonctionnaires qu'elle juge utiles à l'accomplissement de sa mission »¹⁹¹. Le président de la CEPC peut également demander qu'une enquête soit effectuée par les agents de l'Autorité de la concurrence, ou encore par les autorités qualifiées pour rechercher et constater les infractions à la législation consumériste¹⁹², et notamment les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes¹⁹³. La compétence des agents de la DGCCRF pour enquêter sur le terrain et sanctionner en matière de pratiques restrictives de concurrence est en effet consacrée¹⁹⁴. En revanche, la compétence des agents de l'Autorité de la concurrence pour mener des enquêtes dans le cadre de l'application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce peut de prime abord surprendre. L'Autorité de la concurrence est avant tout

¹⁸⁴ Cette mission consultative était relevée par une partie de la doctrine dès l'apparition de la commission, v. sur ce point : M.- E. Pancrazi : « La moralisation des pratiques commerciales », précité.

¹⁸⁵ Sur ce point, D. Guével : « Quelques aspects de la loi « NRE » en matière de concurrence », précité, n°22.

¹⁸⁶ Art. L. 440-1, IV, al. 3 C. com.

¹⁸⁷ Art. L. 440-1, IV, al. 3 C. com.

¹⁸⁸ V. sur le déroulement de la procédure à la suite de la saisine : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/parcours-saisine>.

¹⁸⁹ Art. L. 440-1, II, al. 2 C. com.

¹⁹⁰ Art. L. 440-1, I, al. 3 C. com.

¹⁹¹ Art. L. 440-1, III C. com.

¹⁹² Art. L. 440-1, III, al. 2 C. com.

¹⁹³ La référence à l'article L. 215-1 C. conso. implique que le président de la CEPC peut demander une enquête à ces agents, mais aussi à d'autres autorités qualifiées comme par ex. les inspecteurs du travail, les agents de l'Institut français de la recherche pour l'exploitation de la mer, les agents de l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.

¹⁹⁴ Art. L. 465-1 et s. C. com.

compétente pour procéder à des enquêtes et sanctionner des pratiques anticoncurrentielles¹⁹⁵, ainsi que, de manière générale, pour être consultée sur toute question concernant la concurrence. Le fait pour la CEPC de confier une enquête à ces agents semble induire une confusion entre les deux branches du droit de la concurrence, puisqu'en matière de pratiques restrictives de concurrence, normalement soumises au juge judiciaire, avec une consultation éventuelle de la CEPC, l'Autorité de la concurrence va être amenée à enquêter en lieu et place des agents de la DGCCRF. En réalité, il convient donc d'appréhender avec une certaine prudence la possibilité pour la CEPC de s'en remettre à l'Autorité de la concurrence pour enquêter sur des pratiques sur lesquelles elle est saisie pour avis. Il ne semble faire guère de doute que cette possibilité soit prévue pour les pratiques restrictives de concurrence qui sont relevées à l'occasion de pratiques anticoncurrentielles, par l'Autorité de la concurrence. Dans ce cas, son président peut saisir la CEPC, et il paraît aller de soi que les agents de l'Autorité de la concurrence puissent enquêter sur les pratiques restrictives de concurrence qu'ils constatent concomitamment à des pratiques anticoncurrentielles. Il paraîtrait, en revanche, beaucoup plus original de confier à ces agents une enquête dans les cas dans lesquels une enquête sur une pratique restrictive de concurrence doit être menée, en dehors de toute enquête sur une pratique anticoncurrentielle. Au terme de l'enquête, la CEPC rend son avis et peut adopter une recommandation.

357. Le résultat de la saisine de la CEPC. Au terme de la procédure, la Commission rend un avis sur les pratiques dont elle est saisie¹⁹⁶ et peut également adopter une recommandation¹⁹⁷. La décision de la CEPC ne revêt aucun caractère obligatoire, ne lie pas la juridiction qui l'a saisie¹⁹⁸, et ne peut, si elle estime que la pratique n'est pas conforme à la législation, prononcer des sanctions¹⁹⁹. De même, la Commission ne peut être vue comme un mode de règlement amiable des conflits, malgré le souhait de certains de lui attribuer ce rôle²⁰⁰.

¹⁹⁵ V. art. L. 462-1 et s. C. com.

¹⁹⁶ Art. L. 440-1, V C. com.

¹⁹⁷ Art. L. 440-1, V, al. 3 C. com.

¹⁹⁸ Art. L. 440-1, IV, al. 3 *in fine* C. com. ; Sur ce point, le faible nombre d'avis rendus sur saisine d'une juridiction (un exemple, précité) ne permet pas de mesurer si les avis de la CEPC sont suivis par les juges.

¹⁹⁹ V. pourtant, les propositions visant à en faire une autorité investie de pouvoirs de sanctions *in* G. Canivet (sous la présidence de) : Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce, Paris : La Documentation française, 2004, spéc. p. 91 où est préconisée la création au sein de la CEPC, d'une « section de sanction » chargée d'appliquer une « répression administrative des pratiques restrictives de concurrence ».

²⁰⁰ Cf. Rapport d'information sur l'évolution de la distribution de J.- Y. Le Déaut du 11 janv. 2000, précité, spéc. p. 261 où est préconisée la création d'une « commission d'arbitrage des pratiques abusives » ; Sur ce point, v. aussi : D. Guével : « Quelques aspects de la loi « NRE » en matière de concurrence », précité, n°25 ; S. Lebreton : « La commission d'examen des pratiques commerciales : une occasion manquée pour la médiation », précité ; *Adde* : Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales

Le résultat de la saisine de la CEPC est ainsi un avis portant notamment sur la conformité au droit de la pratique qui lui est soumise²⁰¹, ou une recommandation sur la question dont elle est saisie, ou sur une question entrant dans sa compétence, « notamment celles portant sur le développement de bonnes pratiques »²⁰². La Commission peut décider de publier les avis²⁰³ et les recommandations²⁰⁴ qu'elle adopte. La publication n'empêche nullement l'anonymat de ces décisions²⁰⁵ et est destinée, dans un objectif de transparence, à informer les professionnels concernés des décisions qu'elle prend relativement à des pratiques commerciales. Parmi ces publications, il est possible de déceler un rôle de premier plan de la CEPC en matière de clauses qui ont pour effet des pratiques restrictives de concurrence.

2. Le rôle de la commission d'examen des pratiques commerciales en matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

358. Clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et clauses qualifiées de bonnes pratiques par la CEPC. La CEPC est compétente pour donner des avis ou formuler des recommandations quant à des pratiques, quel que soit le moment de leur apparition dans la relation commerciale, et peu important l'existence d'un contrat. En présence d'un contrat, la Commission est amenée à se prononcer sur des clauses, et plus précisément à répondre à la question de savoir si une clause ne peut s'analyser en une pratique restrictive de concurrence. L'analyse de clauses par la commission d'examen des pratiques commerciales pourrait être vue comme une transposition dans les relations entre fournisseurs et distributeurs du rôle de la commission des clauses abusives, prévue pour se prononcer dans les relations entre professionnels et consommateurs. Pourtant, le rôle de la CEPC est sensiblement différent et demeure l'étude de pratiques commerciales, afin de déceler celles de ces pratiques qui sont

déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire du 29 janv. 2016 (COM (2016) 32 final) qui insiste sur ce rôle de la Supply Chain Initiative, mise en place au niveau européen, (spéc. p. 11) et qui relève l'existence d'institutions analogues au niveau national, dans certains états comme la Belgique ou les Pays-Bas (p. 12), et indique que le Forum à haut niveau de la Commission sur l'amélioration du fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire poursuivra le dialogue avec les états membres dans le but de créer des institutions nationales dans les autres états membres de l'Union (p. 13). La CEPC pourrait ainsi voir son rôle modifié, et évoluer vers un rôle arbitral dans le domaine des pratiques commerciales.

²⁰¹ Art. L. 440-1, V, al. 2 C. com.

²⁰² Art. L. 440-1, V, al. 3 C. com.

²⁰³ Art. D. 440-8 C. com. ; cette prérogative est récente, puisqu'elle date du décret n°2015-91 du 28 janv. 2015 relatif aux modalités de publication des avis rendus par la commission d'examen des pratiques commerciales, qui a mis fin à la publication des avis après accord de l'auteur de la saisine, que prévoyait le texte avant cette date. Désormais, l'accord de l'auteur de la saisine n'est plus nécessaire et seule la CEPC décide des avis qu'elle publie.

²⁰⁴ Art. L. 440-1, V, al. 3 *in fine* C. com.

²⁰⁵ L'anonymat est garanti dès le début de la procédure, mais aussi, s'agissant des recommandations, par l'art. L. 440-1, V, al. 3 C. com. qui prévoit que : « Lorsqu'elle fait suite à une saisine (...) cette recommandation ne contient aucune indication de nature à permettre l'identification des personnes concernées » ; s'agissant des avis, le respect de l'anonymat a été récemment rappelé dans la notice du décret du 28 janv. 2015 précité.

restrictives de concurrence, et celles, qui, à l'inverse, doivent être considérées comme des bonnes pratiques. Dans ses avis et ses recommandations, la CEPC a ainsi été amenée à considérer que des clauses constituent des pratiques restrictives de concurrence (A), mais a également abouti à inciter les professionnels à stipuler certaines clauses (B).

a. La caractérisation de pratiques restrictives de concurrence mises en œuvre par des clauses par la CEPC.

359. Annonce. Il faut distinguer le travail de la CEPC, qui porte sur des pratiques, de celui de la Commission des clauses abusives, qui porte sur des clauses, et que prévoit le droit de la consommation (1), avant de mesurer la caractérisation de pratiques restrictives de concurrence mises en œuvre par des clauses dans les avis et recommandations de la CEPC (2).

α : La distinction entre la CEPC et la Commission des clauses abusives.

360. La Commission des clauses abusives. Créée en 1978²⁰⁶, la Commission des clauses abusives est amenée à se prononcer sur des « modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs »²⁰⁷, dans le but de rechercher si certaines des clauses que ces conventions contiennent « pourraient présenter un caractère abusif »²⁰⁸. Cette commission peut « recommander la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif »²⁰⁹, après avoir été saisie par le ministre chargé de la consommation, des associations agréées de défense des consommateurs, des professionnels, ou en s'étant elle-même saisie²¹⁰. En outre, elle peut être pour avis, par une juridiction, « lorsque à l'occasion d'une instance, le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé »²¹¹. La commission des clauses abusives a donc un rôle préventif en matière de lutte contre les clauses abusives qui peuvent être stipulées dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Son analyse de modèles de conventions vise à empêcher la conclusion de nombreuses conventions basées sur un modèle qui contiendrait une stipulation abusive. Néanmoins, l'activité de cette commission ne présente pas de caractère contraignant.

²⁰⁶ Loi n°78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits ou services, art. 37 ; le texte définissant la mission de la Commission a peu évolué depuis ce texte originnaire.

²⁰⁷ Art. L. 822-4 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 534-1 C. conso.).

²⁰⁸ *Ibidem.*

²⁰⁹ Art. L. 822-6 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 534-3 C. conso.).

²¹⁰ Art L. 822-5 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 534-2 C. conso.).

²¹¹ Art. R. 534-4 C. conso., ce texte prévoyant en outre que l'avis que rend la commission des clauses abusives ne lie pas le juge, qui sursoit à statuer lorsqu'il saisit la commission.

361. Les ressemblances et les différences entre la commission des clauses abusives et la CEPC. La ressemblance entre les deux commissions a pu être relevée, lors de la création de la CEPC qui, postérieure, est parfois analysée comme s’inspirant de la commission des clauses abusives²¹². Il faut reconnaître qu’il existe un certain nombre de points de ressemblance, parmi lesquels le rôle préventif des deux commissions, les avis et les recommandations qu’elles peuvent adopter, la possibilité d’être consultée par une juridiction devant laquelle se pose une question entrant dans leurs attributions, ou encore le caractère non-contraignant de leur action. Le Conseil constitutionnel a même semblé consacrer ces ressemblances en estimant que le législateur qui a adopté le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties comme pratique restrictive de concurrence s’est référé à la notion consumériste qui permet de qualifier les clauses abusives, et que le juge, appelé à se prononcer sur la notion, ne peut rendre une interprétation arbitraire puisqu’il peut consulter la CEPC sur ce point, à la manière de ce que peut faire un juge appelé à se prononcer sur une clause abusive stipulée par un professionnel dans un contrat conclu avec un consommateur, en saisissant la Commission des clauses abusives²¹³. Pour autant, il apparaît qu’il faille se garder de toute assimilation entre les deux commissions. Si une inspiration de ce qui existait en matière de clauses abusives a pu exister lors de la création de la CEPC, la création elle-même ne peut être confondue avec la Commission des clauses abusives. Les différences l’emportent sur les ressemblances. Parmi ces différences, la plus évidente est celle de la compétence de chaque commission. D’abord, le domaine d’intervention de chaque commission est bien circonscrit : relations entre professionnels et consommateurs pour la commission des clauses abusives et relations entre fournisseurs ou producteurs et revendeurs pour la CEPC. Ensuite, alors que la commission des clauses abusives a un rôle exclusivement préventif, en ce qu’elle ne connaît que des modèles de conventions, et non pas, *a priori*, des contrats individuels conclus entre un professionnel et un consommateur, la CEPC a un rôle à la fois plus large et plus individuel, puisqu’elle peut intervenir pour toute pratique mise en œuvre dans une relation commerciale entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, quel que soit le stade de son

²¹² En ce sens, v. : F.- J. Pansier, C. Charbonneau : « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (3^{ème} partie) », P. Aff., 23 mai 2001, n°102, p. 14 ; D. Guével : « Quelques aspects de la loi « NRE » en matière de concurrence », Gaz. Pal., 30 mai 2002, n°150, p. 36 ; V. aussi : M.- E. Pancrazi : « La moralisation des pratiques commerciales », Dr. et part., 12-2001, n°99 ; E. Claudel : « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », RTD Com. 2001, p. 663 ; L. Arcelin : « Pratiques commerciales et concentrations économiques : les apports de la loi NRE », CCC, 2001, chr. 18 ; F. Petit : « La commission d’examen des pratiques commerciales : un nouveau cadre juridique pour les rapports entre les fournisseurs et les distributeurs », RRJ, n°1-2002, p. 339-364, n°21 ; S. Lebreton : « La commission d’examen des pratiques commerciales : une occasion manquée pour la médiation », P. Aff., 26 août 2002, n°170, p. 26.

²¹³ Cons. const., déc. n°2010-85 QPC du 13 janv. 2011, sur celle-ci, v. *Supra*, n°215.

apparition, négociation, conclusion du contrat, exécution de celui-ci, et même conditions de sa rupture. La CEPC est amenée à étudier précisément la relation commerciale et l'ensemble de ses éléments pour donner un avis ou prendre une recommandation, étude individuelle que ne peut faire la Commission des clauses abusives que lorsqu'elle est saisie par une juridiction²¹⁴. Aussi, à la lecture des textes qui définissent les attributions des deux commissions, il apparaît que la Commission des clauses abusives a une compétence relativement restreinte, qui se limite à la recherche de « clauses qui pourraient présenter un caractère abusif »²¹⁵, dans les modèles de conventions habituellement proposés par des professionnels à des consommateurs. Les attributions de la CEPC apparaissent plus larges puisqu'elle se prononce sur des questions, des documents commerciaux ou publicitaires, y compris des factures et des contrats couverts par un secret industriel et commercial, et sur des pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs²¹⁶. En d'autres termes, alors que la commission des clauses abusives n'est compétente, comme son nom l'indique, qu'en matière de clauses, la CEPC est compétente en matière de pratiques. La notion de pratiques étant plus large que celle de clauses, elle permet de l'englober, de sorte que la CEPC est également compétente en matière de clauses, et est amenée à analyser des contrats organisant la relation commerciale entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, afin de déterminer s'ils ne renferment pas, dans leurs clauses, des pratiques restrictives de concurrence.

β : Les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence par la CEPC.

362. Etude de clauses dans les recommandations de la CEPC. Compétente pour déceler des pratiques dans les relations commerciales entre les producteurs, les fournisseurs et le revendeurs, la CEPC est régulièrement amenée à analyser des clauses contractuelles, et à se poser la question de savoir si ces clauses peuvent être analysées comme des pratiques restrictives de concurrence. Les recommandations de la CEPC visent au développement de bonnes pratiques dans les relations commerciales. Parmi les recommandations qu'a publiées la Commission, se trouve ainsi par exemple une décision relative à des clauses, dans lesquelles il a été rappelé que les stipulations imposées par les règlements d'exemption communautaires en matière de distribution automobile doivent néanmoins respecter les dispositions nationales du

²¹⁴ Le seul texte qui permette à la Commission des clauses abusives d'étudier une clause dans une relation contractuelle individuelle semble être l'art. R. 534-4 C. conso. qui prévoit que : « La Commission peut être saisie pour avis lorsque à l'occasion d'une instance le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé ».

²¹⁵ Art. L. 822-4 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 534-1 C. conso.

²¹⁶ Art. L. 440-1, V C. com.

droit des pratiques restrictives de concurrence²¹⁷. La Commission a également adopté une recommandation en matière d'élaboration des contrats de marques de distributeurs²¹⁸, dans laquelle il est possible de trouver ce qu'elle considère comme des bonnes pratiques. A l'heure actuelle, la moitié des recommandations prises par la Commission ont des implications concernant les clauses contractuelles²¹⁹. Par ailleurs, la Commission a publié des cas pratiques qui lui ont permis d'étudier des clauses contractuelles, et de préciser sa position face à des clauses courantes en pratique²²⁰. L'étude des clauses contractuelles dans les recommandations ou les cas pratiques qui sont publiés par la Commission reste néanmoins relativement abstraite, en ce qu'elle ne concerne pas des clauses effectivement analysées dans des contrats. Pour avoir un aperçu de l'action de la CEPC dans ce domaine, il convient de se tourner vers les avis qu'elle a publiés, dont un certain nombre ont conduit la Commission à analyser la conformité au droit de clauses contractuelles.

363. Appréciations sur des clauses dans les avis publiés²²¹ de la CEPC. Les avis de la CEPC, qui se prononcent sur la conformité au droit des pratiques qui lui sont soumises. Parmi ces pratiques, elle a été amenée à se prononcer sur un certain nombre de clauses, ou plutôt sur ce qu'elle nomme des « pratiques contractuelles »²²², expression qui permet, tout en soulignant le contexte contractuel dans lequel apparaît la pratique, d'opérer une forme de requalification de la clause en pratique, analysable et sanctionnable à la lumière des pratiques restrictives de concurrence. C'est ainsi que la CEPC a pu donner son avis sur une clause exonératoire de responsabilité contenue dans des conditions générales de vente²²³, sur une

²¹⁷ Recommandation n°07-01 du 3 oct. 2007 relative à l'application du droit national des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives à certaines stipulations des contrats de distribution sélective de véhicules automobiles exemptés de l'interdiction.

²¹⁸ Recommandation n°10-01 du 3 juin 2010 relative à l'élaboration des contrats de marques de distributeurs.

²¹⁹ V. : la liste des recommandations publiées par la CEPC, consultable sur son site : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/Les-travaux-de-la-commission/Les-recommandations-de-la-Commission-d-examen-des->.

²²⁰ V. : les deux cas pratiques adoptés le 16 mai 2012 : Cas pratique n°1 : Etude de certaines clauses contractuelles contenues dans un contrat de prestation de service ; Cas pratique n°2 : Etude de clauses contractuelles : clause de résiliation et clause pénale.

²²¹ Depuis sa création, les avis publiés de la CEPC impliquaient l'accord préalable de la partie qui avait saisi la Commission, ce qui explique que l'ensemble des avis n'étaient pas publiés. Désormais, depuis le décret précité du 28 janv. 2015, les avis peuvent être publiés sur décision de la CEPC, sans nécessité d'accord du saisissant, ce qui laisse présager d'une publication plus nombreuse.

²²² Cette expression est employée par la Commission par ex. dans l'avis n°04-06 du 22 juin 2004 relatif à certaines pratiques dans le secteur de la distribution alimentaires, pour désigner des clauses contractuelles, et dans l'avis n°11-06 du 1^{er} juin 2011 relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle industrielle ; V. aussi, plus récemment : Avis n°16-3 du 14 janv. 2016 relatif à une demande d'avis portant sur des pratiques contractuelles de deux sociétés en matière d'équipement de publipostage.

²²³ Avis n°04-05 du 7 juill. 2004 concernant une clause contenue dans certaines conditions générales de vente.

clause compromissoire²²⁴, une clause de résiliation anticipée²²⁵, une clause d'approvisionnement²²⁶. La CEPC prévient, de manière plus générale, les parties sur la nécessité de ne pas créer de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties²²⁷, mais analyse également certaines stipulations contractuelles au regard de cette pratique²²⁸. Parmi ses avis, la CEPC a parfois considéré certaines clauses comme non conformes à la législation relative aux pratiques restrictives de concurrence. Il en va ainsi de la clause qui exclut, avant toute négociation, les conditions générales de vente d'un fournisseur pour leur substituer les conditions générales d'achat d'un distributeur²²⁹, d'une clause de pénalités pour défaillance assez pointilleuse²³⁰, d'une clause en vertu de laquelle le prix d'achat du distributeur est fixé en fonction du prix de revente le plus bas pratiqué par d'autres distributeurs²³¹, d'une clause permettant à une partie de demander une indemnisation à son contractant sans démontrer de préjudice²³². L'ensemble de ces clauses a été analysée par la Commission à la lumière de la relation contractuelle qui existait entre les parties, soit par une appréciation *in concreto*. Il ne paraît pas possible, en conséquence, d'en déduire une liste de clauses qui seraient toujours considérées comme des pratiques restrictives de concurrence. Néanmoins, ces clauses ont été, dans chaque espèce, qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Loin du rôle cantonné aux modèles de conventions de la Commission des clauses

²²⁴ Avis n°04-06 précité.

²²⁵ Avis n°04-06 précité.

²²⁶ Avis n°04-06 précité.

²²⁷ V. les avis rendus après l'adoption de la loi LME, qui, sans directement se prononcer sur des clauses contractuelles, rappellent la nécessité de ne pas créer de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, cf. avis du 22 déc. 2008 présenté sous forme de questions-réponses et l'ensemble des avis qui viennent le compléter en ajoutant des questions-réponses en 2009 et 2010.

²²⁸ V. par ex. d'avis qui se prononcent sur la de clauses contractuelles au regard de la pratique de soumission à un déséquilibre significatif : avis n°11-06 précité ; avis n°12-06 du 16 mai 2012 sur les relations commerciales d'un fabricant de matériel technique [...] avec son partenaire spécialisé en impression de catalogue [...] ; avis n°13-10 du 16 sept. 2013 sur les relations commerciales des hôteliers avec les entreprises exploitant les principaux sites de réservation hôtelière, spéc. n°2.4 ; avis n°15-01 du 22 janv. 2015 relatif à une demande d'avis sur un contrat portant sur la création de site internet au regard de son conformité avec l'article L. 442-6, I, 1° et 2° du Code de commerce, avis n°15-03 du 22 janv. 2015 relatif à une demande d'avis portant sur l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dans le cadre de contrats signés par des professionnels pour la création de sites internet ; avis n°15-28 du 5 nov. 2015 relatif à une demande d'avis d'une organisation professionnelle portant sur deux clauses contractuelles dans le secteur pharmaceutique.

²²⁹ Avis n°04-04 du 7 juill. 2004 concernant certaines clauses contenues dans des conditions d'achat ; Sur cet avis, v. : H. Narayan-Fourment : « La Commission d'examen des pratiques commerciales et les conditions « générales » d'achat : « Quand on ne voyage qu'en passant, on prend les abus pour les lois du pays » », D. 2004, p. 3207 ; V. aussi : avis n°15-08 du 26 mars 2015 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la place des conditions générales de vente et les conditions générales d'achat.

²³⁰ Avis n°04-04 précité.

²³¹ Avis n°10-09 du 3 juin 2010 venant compléter le dispositif Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie : « la clause incriminée constitue, au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, une pratique susceptible de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

²³² Avis n°11-09 du 14 déc. 2011 relatif à une clause « litigieuse » contenue dans une convention de contrôle technique.

abusives, la CEPC a ainsi un véritable rôle en matière de détection des clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. Ses recommandations et ses avis permettent de prendre la mesure de ce rôle, et de s'apercevoir que les « pratiques contractuelles » sont au cœur des pratiques dont cette commission est saisie. Les clauses ainsi qualifiées peuvent alors être vues comme des mauvaises pratiques, des pratiques restrictives de concurrence, qui pourront être sanctionnées, même si le rôle de la CEPC ne se limite qu'à la qualification, et ne s'étend pas à la sanction. Une question vient alors à l'esprit, celle qui consiste à se demander si la CEPC, dont l'une des missions est le développement des bonnes pratiques²³³, est en mesure d'inciter les parties à stipuler certaines clauses, qui constitueraient des bonnes pratiques.

b. L'incitation à la stipulation de clauses par la CEPC comme une bonne pratique.

364. La CEPC et les bonnes pratiques contractuelles. La CEPC est amenée, dans ses avis ou dans son rôle d'observatoire des pratiques commerciales, à déceler des pratiques restrictives de concurrence, qui sont des mauvaises pratiques. Dans ses recommandations, elle est *a priori* davantage amenée à définir des bonnes pratiques, parmi lesquelles de bonnes pratiques contractuelles, qui se traduisent par des encouragements à la stipulation de certaines clauses. En effet, certaines des recommandations prises par la CEPC concernent des clauses contractuelles, pour informer les professionnels concernés que l'exemption de leur contrat au titre du règlement sur la distribution automobile ne le dispense pas du respect des règles sur les pratiques restrictives de concurrence²³⁴, ou pour inciter les professionnels à adopter de bonnes pratiques dans les relations commerciales basées sur un contrat de marque de distributeur²³⁵. Néanmoins, ces recommandations ne contiennent pas de clauses précises dont la présence dans les contrats étudiés serait vue comme une bonne pratique. Les recommandations de la CEPC restent légèrement plus abstraites et ne vont pas jusqu'à mentionner des clauses précises. Si la CEPC paraît être en mesure d'inciter à la stipulation de certaines clauses qui seraient vues comme des bonnes pratiques, ce n'est donc pas, contrairement à ce qui pourrait venir à l'esprit de prime abord, via ses recommandations. La Commission a par ailleurs publié des cas pratiques, qui portent sur des clauses contractuelles qui peuvent susciter des difficultés dans les contrats entre les fournisseurs et les distributeurs. La lecture de ces publications ne permet pas de déduire des clauses dont la stipulation serait vue comme une bonne pratique, mais montre que la Commission fait preuve de pédagogie face à certaines clauses, comme les clauses de

²³³ Cette mission de la CEPC est prévue comme un objectif de ses recommandations, par l'art. L. 440-1, V, al. 3 C. com.

²³⁴ Recommandation n°07-01, précitée.

²³⁵ Recommandation n°10-01, précitée.

résiliation ou les clauses pénales et insistent sur la nécessité de respect du droit de pratiques restrictives de concurrence. Se pose alors la question de savoir si la CEPC ne distille pas des bonnes pratiques de manière plus diffuse, au fur et à mesure de ses avis. A la lecture de ceux des avis qui concernent plus particulièrement des clauses ou des contrats, il est possible de s'apercevoir que l'établissement d'une liste de clauses dont la stipulation apparaîtrait comme une bonne pratique n'est pas aisée. En réalité, la CEPC ne semble véritablement s'être montrée favorable à la stipulation d'une clause que dans une espèce, relativement à une clause de révision en cas de changement de circonstances²³⁶, en considérant que son absence pouvait entraîner la qualification de pratique restrictive de concurrence, et plus précisément, celle de création d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Le développement des bonnes pratiques, que mentionne la loi relativement à la CEPC ne l'a donc pas conduite à définir des bonnes pratiques contractuelles, sous forme de clauses dont la stipulation serait incitée. Il demeure possible pour les professionnels de prendre connaissance des clauses qui ont été qualifiées de pratiques restrictives de concurrence par la CEPC dans ses avis. Néanmoins, un rôle plus proactif aurait pu être attendu d'une institution comme cette commission, dans la définition des bonnes pratiques contractuelles à adopter dans certains types de contrats assez répandus, comme par exemple les contrats de coopération commerciale, régulièrement renégociés, les différents contrats de distribution des produits ou des services, ainsi que les contrats d'organisation des réseaux de distribution. Le rôle de la CEPC n'est, certes, pas de prévoir des modèles de conventions qui seraient l'incarnation de bonnes pratiques. Pour autant, certaines clauses qui peuvent poser problème auraient pu faire l'objet d'une recommandation comportant une proposition de rédaction. De la même manière que le fait l'Autorité des marchés financiers, dans un domaine différent, la CEPC pourrait ainsi publier des guides de bonnes pratiques par exemple²³⁷.

²³⁶ Avis n°12-07 du 16 mai 2012 relatif à une demande d'avis d'une fédération professionnelle appartenant au secteur du matériel informatique, spéc. *in fine* : « De même, pourrait constituer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au sens de l'article L 442-6 du code de commerce, l'absence de clause de révision d'un contrat successif de fournitures de matériels conclu entre un grossiste et un partenaire commercial, alors que par suite de l'évolution des circonstances économiques -l'augmentation du prix des matières premières entrant dans la fabrication de ces matériels et la hausse corrélative des prix payés par le grossiste au fabricant/fournisseur-, est constatée une aggravation significative, sans contrepartie, de l'obligation du grossiste envers le partenaire commercial ».

²³⁷ Cf. Les guides professionnels publiés par l'Autorité des marchés financiers, sur son site internet, consultables à l'adresse suivante : <http://www.amf-france.org/Publications/Guides/Professionnels.html>. Ainsi par exemple, cette autorité a publié un guide intitulé « Investir quand on est une association, une fondation ou une autre institution : les bonnes pratiques », le 2 déc. 2015, consultable à l'adresse suivante : http://www.amf-france.org/technique/multimedia?docId=workspace://SpacesStore/9dc34ecd-0886-447d-86f5-a036a71b4244_fr_1.0_rendition.

365. La possibilité pour la CEPC de développer davantage les bonnes pratiques contractuelles. Alors que le rôle de la CEPC est notamment d'accompagner et d'encourager le développement de bonnes pratiques dans les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, il est envisageable que ce rôle s'étende au développement de bonnes pratiques contractuelles. En effet, il apparaît à la lecture des avis de la Commission, que certaines clauses peuvent être qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Cette qualification constitue, pour les entreprises qui sont à l'origine de ces pratiques, un risque en ce que cela peut entraîner une mise en jeu de leur responsabilité, ainsi que d'autres sanctions, potentiellement importantes²³⁸. Dans une logique de sécurisation de leurs contrats, c'est-à-dire dans un objectif de ne pas être condamné pour avoir mis en place une pratique restrictive de concurrence, les entreprises qui peuvent déjà prendre connaissance des publications de la Commission²³⁹, pourraient être davantage aidées par la CEPC, dans la rédaction de certaines clauses. Il serait alors possible d'envisager des recommandations de la CEPC portant sur certaines clauses, courantes en pratiques, comme la clause de renégociation ou la clause pénale, sur lesquelles la position de la Commission a déjà été exprimée, mais aussi par exemple les clauses portant sur les conditions de paiement, ou encore celles qui organisent la rupture. Au-delà de proposer un modèle de clause, qui conduirait à une standardisation des contrats non-souhaitable, il s'agirait, pour la Commission, à l'instar de ce qu'elle a commencé à faire, de préciser les éléments sur lesquels l'attention des rédacteurs de contrats doit être attirée, mais aussi de reprendre les éventuels exemples sur lesquels un avis a déjà été donné. Dépourvue de pouvoir de sanction de ces pratiques, la CEPC peut déjà, de manière préventive, déceler les clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence, et inciter ainsi les parties à les renégocier ou à les supprimer pour éviter que celui qui est à l'origine de cette pratique ne soit sanctionné. Dans ce domaine, il ne serait alors pas nécessaire de s'en remettre à la voie réglementaire, comme cela a été fait dans le domaine de la distribution des médicaments en ligne, le texte ayant ensuite été annulé car dépassant les limites de l'habilitation législative²⁴⁰. L'adoption de recommandations concernant plus précisément

²³⁸ Cf. *Infra*, n°385 et s.

²³⁹ V. sur ce point, par le Président de la Commission : R. Hammadi : « La commission d'examen des pratiques commerciales, un instrument utile pour les entreprises », AJCA, 2014, p. 298.

²⁴⁰ En matière de distribution des médicaments sur internet, un arrêté ministériel du 20 juin 2013 était relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique. Ce texte prévoyait notamment la possibilité d'un échange interactif avec un pharmacien diplômé via le site de vente en ligne de médicaments (art. 3.1), rappelait certaines règles concernant l'obligation d'information sur les produits et leurs prix (art. 2), prévoyait l'obligation de protéger les données à caractère personnel qui pouvaient être recueillies par le site, relativement aux patients, ou encore mentionnait l'obligation de préparer les commandes des clients en ligne dans une officine de pharmacie (art. 6). Le Conseil d'état a estimé, dans un arrêt du 16 mars 2015 n°370072, que le

certaines clauses pourrait amener la CEPC à jouer son rôle préventif au moment de la rédaction des contrats. Pour résumer, la faiblesse relative du nombre de décisions rendues dans ce domaine ne doit pas occulter un potentiel réel de la Commission pour déceler ces clauses. Même ainsi étendue, pourtant, cette méthode préventive ne peut à elle seule, suffire à appréhender les clauses qui ont pour effet des pratiques restrictives de concurrence. Au-delà de la prévention de ces situations, le législateur se devait de prévoir également une méthode curative, permettant une action qui a pour objet de sanctionner la pratique, et de réparer ses effets.

B. La méthode curative.

366. Autorité compétente pour sanctionner les pratiques restrictives de concurrence. Les pratiques restrictives de concurrence, prévues par le Chapitre II du Livre IV du Code de commerce²⁴¹, ainsi que les actions fondées sur le non-respect des règles relatives à la transparence²⁴² ne ressortissent pas, pour leur sanction, de la compétence d'une autorité qui serait spécialisée et instaurée *ad hoc*. Contrairement aux pratiques anticoncurrentielles²⁴³, les pratiques restrictives de concurrence relèvent donc des juridictions civiles et commerciales et droit commun. Il existe néanmoins une exception, en ce que les litiges portant sur des pratiques restrictives de concurrence qui sont prohibées par l'article L. 442-6 du Code de commerce sont attribués à des juridictions spécialisées²⁴⁴. L'autorité compétente est ainsi le juge de droit commun, civil ou commercial, spécialisé ou non, et la question qui se pose est de savoir qui est en mesure de porter les pratiques dont il a connaissance devant ce juge.

367. Autorité publique et personnes privées. Les personnes habilitées à agir pour faire cesser et sanctionner les pratiques restrictives de concurrence, et par conséquent les clauses qui mettent en place de telles pratiques, sont diverses. Une place importante, accordée par l'article L. 442-6 du Code de commerce pour les pratiques prévues par ce texte, qui sont les

ministre chargé de la santé étant habilité, par l'art. L. 5121-5 du C. santé publique, à déterminer les principes des bonnes pratiques de dispensation des médicaments vendus par voie électronique en particulier concernant leur traçabilité, il ne l'était pas pour les règles contenues dans l'arrêté, qui « excèdent le champ d'habilitation confié au ministre ». Le Conseil d'état estiment en effet que ces règles « ne se bornaient pas à rappeler les dispositions de la loi ou du décret en Conseil d'état applicables à la vente de médicaments par internet, mais y ajoutent sur plusieurs points, dans cette mesure, elles sont entachées d'incompétence ».

²⁴¹ Art. L. 442-1 à L. 442-10 C. com.

²⁴² Art. L. 441-1 à L. 441-9 C. com.

²⁴³ La sanction des pratiques anticoncurrentielles ressortit à la compétence de l'Autorité de la concurrence (art. L. 462-5 et s. C. com.).

²⁴⁴ Art. L. 442-6, III, al. 5 C. com. ; V. aussi : art. D. 442-3 C. com. et Annexe 4-2 qui prévoit la compétence en premier ressort des tribunaux de commerce de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes, et la compétence en appel de la Cour d'appel de Paris.

plus nombreuses en matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, est concédée à l'autorité publique, dont l'action ne risque pas d'être dissuadée par le contrat existant entre l'auteur de la pratique et la victime (1). Cette dernière demeure en capacité d'agir, mais n'est pas seule, et d'autres personnes privées pourront également lancer l'action en justice (2). Pour les clauses qui peuvent ainsi être qualifiées sur d'autres fondements du droit de la transparence ou des pratiques restrictives de concurrence, d'autres sanctions sont enfin prévues (3).

1. Les actions mises en œuvre par l'autorité publique.

368. Annonce. Parmi les personnes qui incarnent l'autorité publique, plusieurs sont légalement consacrées comme à même d'agir en justice si elles ont connaissance d'une pratique restrictive de concurrence. Il s'agit d'abord du président de l'Autorité de la concurrence, qui peut avoir connaissance de telles pratiques lorsque ses services enquêtent sur des pratiques anticoncurrentielles (a). Peuvent également agir le ministre de l'économie, notamment par le biais de son administration la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (b), ainsi que le ministère public (c).

a. *L'action du Président de l'Autorité de la concurrence.*

369. Compétence et incompétence de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité de la concurrence a des compétences identiques à la Commission d'examen des pratiques commerciales, en ce qu'elle est amenée à rendre des avis et des recommandations²⁴⁵, compétences auxquelles s'ajoute celle, non négligeable, de procéder à des enquêtes et de prononcer des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles. Saisie par le ministre chargé de l'économie²⁴⁶, par une entreprise²⁴⁷, ou par divers organismes²⁴⁸, l'Autorité de la concurrence est compétente en matière d'entente, d'abus de position dominante et d'abus de dépendance économique, de prix abusivement bas²⁴⁹. A l'occasion des procédures qui se déroulent devant elle, l'Autorité de la concurrence peut être amenée à avoir connaissance de

²⁴⁵ Sur les avis, v. Art. L. 462-1 et s. C. com., et sur les recommandations, v. art. L. 462-4 C. com. ; Sur ce point, v. M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, 6^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2014, n°409.

²⁴⁶ Art. L. 462-5, I C. com.

²⁴⁷ Art. L. 462-5, II C. com.

²⁴⁸ L'art. L. 462-5, II *in fine* C. com. renvoie sur ce point à l'art. L. 462-1 al. 2 qui mentionne les demandes « des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie territoriales, de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et des présidents des observatoires des prix, des marges et des revenus [des DOM] ».

²⁴⁹ Art. L. 462-5, I et II C. com.

pratiques restrictives de concurrence. La question de la compétence de l'Autorité pour statuer sur ces pratiques peut se poser. Un auteur ne doute pas de la possibilité d'appréhender les pratiques restrictives de concurrence pour l'Autorité de la concurrence²⁵⁰. Pourtant, il semble ressortir des textes relatifs à cette autorité que celle-ci n'est pas compétente pour enquêter sur ces pratiques, ni pour les sanctionner²⁵¹, puisque son Président peut les porter à la connaissance de la juridiction compétente. Il peut également saisir la Commission d'examen des pratiques commerciales²⁵², et lui transmettre l'enquête de l'Autorité de la concurrence²⁵³. L'action ouverte au Président de l'Autorité de la concurrence peut ainsi être vue comme une action qui permet l'émergence de pratiques restrictives de concurrence à l'occasion de l'examen de pratiques anticoncurrentielles. Sans celle-ci, ces pratiques restrictives ne seraient pas nécessairement sanctionnées, ni même connues. Son action ne va pas au-delà, et ne va pas jusqu'à lui donner la possibilité de demander l'application de mesures répressives, ce que peuvent faire le ministre chargé de l'économie et le ministère public.

b. L'action du ministre chargé de l'économie.

370. Apparition de l'action du ministre. Parti du constat de la difficulté à agir des parties elles-mêmes contre un contractant, souvent fournisseur ou distributeur qui représente également un débouché, parfois important pour leur activité, le législateur a souhaité diversifier les déclencheurs de l'action, et permettre ainsi au ministre chargé de l'économie d'être à l'origine d'une action devant le juge judiciaire. Cette action, identique à celle prévue en

²⁵⁰ V. : G. Mallen : *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence. Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, th. préf. L. Arcelin-Lécuyer, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014, n°17 et s. où l'auteur étudie l'appréhension des pratiques restrictives, définies (n°4) comme « une pratique contractuelle abusive impulsée par un opérateur au détriment de son partenaire », par les autorités de la concurrence, démontrant leur appréhension possible au titre de l'abus de domination, et leur appréhension privilégiée au titre de l'entente. La définition donnée par l'auteur ne permet pas d'englober l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence prévues par la loi, mais englobe les clauses qui ont pour effet des pratiques restrictives de concurrence, et a donc pour effet de rendre compétentes les autorités de la concurrence pour sanctionner les pratiques restrictives de concurrence.

²⁵¹ Ainsi, la démonstration de G. Mallen n'emporte pas totalement la conviction en raison de l'application cumulée de l'article L. 464-5 et de l'art. L. 442-6, III C. com. qui semble devoir conduire à déclarer les autorités de la concurrence incompétentes pour connaître des pratiques restrictives de concurrence, et dans l'obligation de s'en remettre aux autorités compétentes pour les sanctionner. Leur compétence est en effet limitée aux pratiques anticoncurrentielles, et subordonnée à la démonstration d'un effet réel ou potentiel sur le marché. Certaines « pratiques restrictives » décrites par l'auteur peuvent entrer dans ce champ de compétence et être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles, une qualification qui ne saurait être étendue à l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence.

²⁵² Cf. *Supra*, n°355.

²⁵³ Cf. *Supra*, n°356, l'Autorité pouvant enquêter sur les pratiques restrictives de concurrence que ses agents constatent concomitamment à des pratiques anticoncurrentielles.

matière de pratiques anticoncurrentielles²⁵⁴, et issue de l'ordonnance de 1986²⁵⁵, est apparue pour le moins originale aux commentateurs de ce texte qui l'ont vivement critiquée²⁵⁶, puisqu'en matière de responsabilité civile, *a priori*, « seules les parties introduisent l'instance »²⁵⁷. Ces critiques semblaient toujours aussi vives, même après vingt années d'application de la disposition, un auteur exprimant sa « perplexité »²⁵⁸, un autre estimant que le « ministre ne devrait pas pouvoir s'immiscer dans un contrat de droit privé »²⁵⁹. Pourtant, le législateur, au fil des réformes de l'ordonnance de 1986, n'a pas abrogé cette action, et a même, depuis 2001²⁶⁰, permis au ministre, au-delà de l'introduction de l'instance, de formuler un certain nombre de demandes, parmi lesquelles le prononcé d'une amende civile, la cessation des pratiques, l'annulation des clauses ou des contrats illicites, ou encore la répétition de l'indu et la réparation des préjudices subis, qui participent de la sanction des pratiques restrictives de concurrence. Aujourd'hui, après quasiment trente années d'application, l'action du ministre fait partie intégrante du droit des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du Code de commerce, et semble participer de la mise en évidence des mauvaises pratiques et de leur sanction²⁶¹, même si, notamment en ce qu'elle suppose une action d'un tiers à une relation entre deux professionnels, elle ne va pas sans poser un certain nombre de questions.

²⁵⁴ Pour une pratique anticoncurrentielle, l'Autorité de la concurrence peut être saisie par le ministre chargé de l'économie (art. L. 462-5 C. com.).

²⁵⁵ Art. 36 *in fine* de l'Ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence.

²⁵⁶ V. par ex. parmi les critiques les plus importantes : J.- M. Mousseron, V. Sélinsky : *Le droit français nouveau de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Litec, coll. Actualité de droit de l'entreprise, 1987, spéc. n°142 ; A. Decocq, M. Pédamon : « L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », JCL conc. conso., 1987, n° spécial, spéc. n°81, où les auteurs voient cette action comme « aberrante » ; C. Gavaldà, C. Lucas de Leyssac : « Commentaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », ALD, 1988, p. 47, spéc. n°75 où les auteurs analysent « l'incongruité du régime » de l'article 36 de ladite ordonnance.

²⁵⁷ Art. 1 C. pr. civ. : « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement ».

²⁵⁸ C. Nourissat : « Bref retour sur les actions des autorités publiques devant les juridictions civiles ou commerciales », RLC, 5-2005, n°3, p. 74 à 76, où l'auteur évoque sa « perplexité » à l'égard de cette intervention du ministre, voire son « malaise », et, se prononçant plus généralement sur le rôle du ministre de l'économie en droit de concurrence, il estime qu'il ressort un « flou certain, confinant parfois à l'incohérence » qui est « un défi à l'entendement et une source d'insécurité dont on peut certainement trouver la source dans la manifestation d'un relent de dirigisme étatique ».

²⁵⁹ M. Béhar-Touchais : « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », in Colloque : *D'une réforme à l'autre : les mutations du droit de l'entreprise*, La Rochelle, 5-6 juin 2009, RLDA, 2/2010, n°46.

²⁶⁰ Sur ces sanctions, Cf. *Infra*, n°385 et s. ; Modifiée depuis, la disposition permettant au ministre chargé de l'économie de demander la cessation des pratiques, la nullité des clauses ou des contrats concernés ainsi que la répétition de l'indu a été introduite dans l'article L. 442-6, III C. com. par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 56, 8°.

²⁶¹ Pour un ex. v. les assignations du ministre qui ont donné lieu aux premières décisions rendues sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° relatif au déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, et par ex. la décision du T. com. Lille, 6 janv. 2010, n°2009-05184 ; JCP E, 2010, act. 84, note J.- C. Grall ; CCC, 2010, comm. 71, note sous arr. N. Mathey ; D. 2010, p. 1000, note sous arr. J. Sénéchal ; RLC, 04-2010, n°23, p. 43-47, note M. Béhar-Touchais ; RDC, n°3-2010, p. 928, note M. Béhar-Touchais ; *Adde*, pour d'autres ex. : T. com. Lille, 7 sept. 2011, n°2009/05105 ; T. com. Créteil, 13 déc. 2011, n°2009F01017 et n°2009F01018 ; T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n°2009/02295.

371. Questions posées par l'action du ministre. Parmi les questions qui ont été soulevées par l'action du ministre en matière de pratiques restrictives de concurrence, s'est d'abord posée celle de l'éventuelle redondance de la disposition avec celle prévue par l'article L. 470-5 du Code de commerce. En effet, ce texte prévoit la possibilité, dans le cadre de l'application de l'ensemble du Livre IV du Code de commerce, c'est-à-dire de l'ensemble des dispositions relatives au droit de la concurrence, d'une action du ministre de l'économie devant les juridictions civiles ou pénales²⁶². Le doute sur l'utilité de la disposition spécifique du droit des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du Code de commerce est cependant rapidement levé par l'identification, en jurisprudence, d'une différence fondamentale entre les deux textes. Si l'article L. 470-5 permet une intervention du ministre devant une juridiction dans une instance pendante²⁶³, l'article L. 442-6 lui permet d'introduire, à titre principal, cette action devant la juridiction, et de formuler un certain nombre de demandes spécifiques qui ne sont pas prévues par ailleurs. Au-delà de cette première question, s'est ensuite posée la question plus fondamentale de l'absence d'une partie au procès. Dans le cadre de cette action, le ministre a l'initiative de la saisine du juge, ce qui signifie que la partie lésée par la pratique restrictive n'est pas nécessairement présente au procès, ni même, informée. La doctrine²⁶⁴ et les parties au procès ont alors développé l'idée selon laquelle l'action du ministre, en matière de pratiques restrictives de concurrence, doit se conformer à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui prévoit que « chacun a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement devant un tribunal indépendant et impartial ». L'argument a parfois prospéré face aux juges du fond, qui ont pu considérer l'action comme une action de substitution à la

²⁶² Art. L. 470-5 C. com. : « Pour l'application des dispositions du présent livre, le ministre chargé de l'économie ou son représentant peut, devant les juridictions civiles ou pénales, déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience. Il peut également produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête ».

²⁶³ Cass. com., 17 juill. 2001, n°99-19.309, Bull. civ. IV, n°145 : « L'article L. 470-5 du Code de commerce, ne concerne que l'intervention de l'Administration lors d'une instance pendante et non une action principale de celle-ci » ; D. 2001, p. 2673, note sous arr. E. Chevrier : RTD Com., 2001, p. 877, note E. Claudel ; CCC, 2001, 161, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; Procédures, 11/2001, comm. 213, note sous arr. H. Croze.

²⁶⁴ V. en ce sens : M. Béhar-Touchais : « Chronique d'une mort annoncée (à propos de l'action en nullité et en restitution de l'indu exercée par le ministre de l'économie, après les arrêts des Cours d'appel de Versailles du 3 mai 2007 et d'Angers du 29 mai 2007 », RLC, 07-2007, n°12, p. 33-38 ; D. 2007, p. 2433, note CA Versailles, 3 mai 2007 et CA Angers, 29 mai 2007, M. Bandrac ; D. de Béchillon, Denys et C. Jamin : « La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché (de l'immixtion du ministre de l'économie dans la coopération commerciale », D. 2007, p. 2313 ; A. Penneau : « La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique (critique de l'article L. 442-6, III du Code de commerce et propositions) », D. 2003, p. 1278, spéc. *in fine* ; du même auteur : « L'article L. 442-6, III du Code de commerce en question », D. 2007, p. 2630 ; J. Raynard : « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6-III du Code de commerce », JCP, E, 2007, 1864.

partie lésée, et l'ont déclaré irrecevable hors la présence ou l'information des fournisseurs²⁶⁵. Ce courant doctrinal et ces décisions n'ont pas reçu l'approbation de la Cour de cassation qui a considéré que l'action était non pas une action de substitution mais « une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs »²⁶⁶. Malgré cette décision, la doctrine a poursuivi ses critiques et a soulevé le caractère incompatible de cette action avec les droits fondamentaux²⁶⁷, et le contentieux s'est poursuivi sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, donnant lieu à une décision du Conseil constitutionnel sur une question prioritaire de constitutionnalité²⁶⁸, qui a conclu à la constitutionnalité de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, sous réserve de l'information des parties de l'introduction de l'action par le ministre de l'économie²⁶⁹. Puis, la question a été posée à la Cour européenne des droits de l'Homme qui a conclu que le grief était mal fondé, en estimant que le « ministre agit avant tout en défense de l'ordre public économique », que son action « n'est pas limitée aux intérêts immédiats des fournisseurs », et qu'elle « n'exclut pas les cocontractants lésés d'engager eux-mêmes une action en justice ».

²⁶⁵ CA Versailles, ch. 12, sect. 2, 3 mai 2007, n°05/09223 déclare irrecevable l'action du ministre, sur le fondement de l'article 6§1 de la CESDH en considérant « qu'en l'espèce, le Ministre de l'économie a introduit l'action de substitution sans en informer les fournisseurs titulaires des droits et qu'il a poursuivi la procédure sans les y associer alors que, de surcroît, dix-sept d'entre eux avaient expressément exprimé leur volonté contraire » ; D. 2007, p. 2433, note sous arr. M. Bandrac ; JCP G, 2007, II, 10191, note sous arr. A.- M. Luciani ; JCP E, 2007, 2303, note C. Caron et G. Decocq, *in chr.* « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », spéc. n°9 ; JCP E, 2007, 2429, note sous arr. C. Koering ; RLC, 07-2007, n°12, p. 33-38, note M. Béhar-Touchais ; CCC, 2007, comm. 206, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; RDC, 10-2007, n°4, p. 1353, note F. Tort ; JCP E, 2008, 1676 note D. Mainguy, *in chr.* « Droit de la distribution » ; CA Angers, 29 mai 2007, n°06/00563, D. 2007, p. 2433, note sous arr. E. Chevrier ; *Ibidem*, note précitée M. Bandrac ; JCP E, 2007, 2303, note précitée C. Caron et G. Decocq ; JCP, E, 2007, 2429, note précitée C. Koering ; JCP, G, 2007, II, 10191, note précitée A.- M. Luciani.

²⁶⁶ Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-16.761, Bull. civ., IV, n°143 ; D. 2008, p. 2067, note E. Chevrier ; JCP, E, 2008, act. 377, note A.- M. Luciani ; RLDA, 09/2008, n°30, p. 50-51, note C. Anadon ; JCP, E, 2008, 2143, note sous arr. A. Ballot-Léna ; CCC, 2008, comm. 237, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; D. 2008, p. 3046, note M. Bandrac ; JCP, G, 2008, I, 218, note M. Chagny, *in Chr.* « Droit des obligations », sous la dir. de J. Ghestin, spéc. n°18 ; RDC, 10/2008, n°4, p. 1373, note F. Tort ; JCP, E, 2009, 1739, note G. Decocq *in Chr.* « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », spéc. n°8 ; Cette position a été confirmée par Cass. com., 5 mai 2009, n°08-15.264.

²⁶⁷ V., outre les auteurs précités : C. Rougeau-Mauger : « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », RTD Com. 2010, p. 653, où l'auteur analyse l'action, non pas comme une action de substitution du ministre de l'économie mais comme une action destinée à la défense « d'une fraction de l'intérêt général », ce qui est vu comme « non conforme vis-à-vis des droits fondamentaux des victimes de pratiques anticoncurrentielles ».

²⁶⁸ La saisine du Conseil constitutionnel a été réalisée par Cass. com., 8 mars 2011, n°10-40.070, Bull. civ., IV, n°37, et était formulée ainsi : « L'article L. 442-6, III al. 2 du Code de commerce, par application duquel le ministre de l'économie peut solliciter la nullité des clauses ou des contrats illicites et demander la répétition de l'indu en l'absence dans la procédure du ou des fournisseurs concerné(s) voire sans accord de ce(s) dernier(s), porte-t-il atteinte aux droits de la défense, au droit d'agir en justice et au de de propriété du fournisseur et du distributeur ? » ; D. 2011, p. 869 ; CCC, 2011, comm. 115, note M. Malaurie-Vignal.

²⁶⁹ Cons. const., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC ; D. 2011, p. 1340, note E. Chevrier ; *Idem*, p. 1883, note C. Rougeau-Mauger ; JCP, G, 2011, 717, note sous arr. A.- M. Luciani ; CCC, 2011, comm. 159, note M. Malaurie-Vignal ; Concurrences, n°3-2011, p. 129-132, note M. Chagny.

Elle estime enfin que « même si l'information des fournisseurs n'avait pas eu lieu, il n'est pas démontré que cela aurait causé un préjudice quelconque »²⁷⁰. La position de la Cour européenne vient éclairer d'un jour nouveau la position des juridictions internes. D'une part, alors que la Cour de cassation avait estimé que l'action du ministre était « une action autonome de protection du marché et de la concurrence », elle est davantage analysée par la juridiction internationale comme une « action en défense de l'ordre public économique ». Cette vision paraît devoir être privilégiée²⁷¹, puisqu'en matière de pratiques restrictives de concurrence, l'objectif n'est pas la protection de la concurrence sur un marché donné, lequel n'a pas à être défini, mais davantage celle des victimes des pratiques, ainsi que la sanction de celles-ci. Dans cet objectif, les textes du droit des pratiques restrictives de concurrence étant d'ordre public économique, il paraît aller de soi de considérer que l'action du ministre qui est prévue par l'article L. 442-6 du Code de commerce est davantage une action en défense de l'ordre public économique qu'une action de protection du marché et de la concurrence. D'autre part, alors que le Conseil constitutionnel émettait une réserve selon laquelle le ministre devait informer la partie lésée non agissante de son action, la Cour européenne des droits de l'Homme vient préciser qu'il s'agit d'analyser le préjudice subi par celui qui se plaint de ne pas avoir été informé. La Cour de cassation a récemment adopté une interprétation proche, considérant que l'information des parties n'était pas nécessaire si l'action du ministre ne visait qu'à faire cesser, pour l'avenir, des pratiques²⁷². L'intervention de la jurisprudence a permis, en résumé,

²⁷⁰ Cour EDH, 5^e sect., 17 janv. 2012, n°51255/08, GALEC c. France ; JCP, G, 2012, 462, note sous arr. A.- M. Luciani ; CCC 2012, comm. 94, note M. Malaurie-Vignal ; RLC, 04-2012, n°31 p. 39-41, note M. Béhar-Touchais ; RDC, n°3/2012, p. 963, note J.- P. Marguénaud.

²⁷¹ Elle est par ailleurs parfois présente dans les arrêts internes, comme par ex. : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 1^{er} juil. 2015, n°13/19251, spéc. p. 5 : Le Ministre « agit en défense de l'ordre public économique et pour la protection du fonctionnement du marché et de la concurrence afin de faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public » ; RTD Com. 2015, p. 492, note M. Chagny.

²⁷² Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387, à paraître au bulletin ; où la Cour estime, alors qu'un distributeur plaide l'irrecevabilité de l'action du ministre en raison du fait que celui-ci ne l'en avait pas informé, « qu'il résulte de la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, que c'est seulement lorsque l'action engagée par l'autorité publique tend à la nullité des conventions illicites, à la restitution des sommes indûment perçues et à la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, que les parties au contrat doivent en être informées ; qu'ayant constaté que l'action du ministre ne tendant qu'à faire cesser, pour l'avenir, l'insertion de clauses jugées illicites au regard de l'article L. 442-6-I 2° du Code de commerce, dans les contrats annuels conclus entre le GALEC et ses fournisseurs », la cour d'appel a retenu a bon droit que cette action était recevable ; Sur cet arrêt, v. : CCC, 2015, comm. 229, note sous arr. N. Mathey ; RTD Com., 2015, p. 486, note M. Chagny ; *idem* p. 578, note B. Bouloc ; RTD civ., 2015, p. 606, note H. Barbier ; AJCA, 2015, p. 379, note S. Bros ; L'essentiel Droit des contrats, 2015, n°7, p. 1, note N. Leblond ; Cass., com., 29 sept. 2015, n°13-25.043, où la Cour estime dans une situation analogue que : « c'est seulement lorsque l'action engagée par l'autorité publique tend à la nullité des conventions illicites, à la restitution des sommes indûment perçues et à la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés que les parties au contrat doivent en être informées ; qu'ayant constaté que le ministre avait renoncé en cours d'instance à poursuivre l'annulation des clauses litigieuses, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que son action, qui ne tendait plus qu'à la cessation des pratiques et au prononcé d'une amende civile, était recevable ». Sur cet arrêt, v. : JCP, E, 2016, 1040, note sous arr. S. Le Gac-Pech.

d'apporter des réponses aux questions concernant la nature de l'action du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence, et sa conformité aux principes fondamentaux du procès. La tendance jurisprudentielle va assez nettement dans le sens de l'efficacité de cette action du ministre, malgré les critiques doctrinales dont elle a fait l'objet. Une action identique, complétée de la possibilité de formuler les mêmes demandes que celles que peut formuler le ministre de l'économie, peut être engagée par le ministère public en matière de pratiques restrictives de concurrence.

c. L'action du ministère public.

372. Apparition de l'action du ministère public. L'action du ministère public intervient en réaction à la même problématique que l'action du Ministre chargé de l'économie, en ce qu'elle permet de lancer une action relativement à une pratique restrictive de concurrence dont le ministère public a connaissance, alors que la victime n'en prend pas l'initiative. L'action du ministère public est issue de l'ordonnance de 1986²⁷³. Pour autant, il s'agit d'une différence avec le traitement des pratiques anticoncurrentielles, où le ministère public n'a pas de pouvoir de saisine de l'Autorité de la concurrence. Contrairement à l'action du Ministre chargé de l'économie, l'action du ministère public ne devait pas surprendre puisque le parquet peut toujours « agir pour la défense de l'ordre public, à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci »²⁷⁴. La précision sur la capacité du ministère public à agir en justice n'était donc pas nécessaire, à l'inverse de celle concernant les demandes spécifique qu'il peut effectuer. Néanmoins, il convient de relever que cette action participe d'un mouvement qui tend à donner une place importante à cette institution en droit commercial.

373. La contribution du droit des pratiques restrictives de concurrence à l'essor du rôle du ministère public en droit commercial. Outre en matière de pratiques restrictives de concurrence, le ministère public a reçu un certain nombre de prérogatives en matière de défaillance d'entreprises, puisqu'il peut demander l'ouverture de certaines procédures collectives²⁷⁵, doit être informé de l'évolution des procédures²⁷⁶, peut parfois donner son

²⁷³ Ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, art. 36 *in fine*.

²⁷⁴ Art. 423 C. pr. civ.

²⁷⁵ Le ministère public peut demander l'ouverture du redressement judiciaire et de la liquidation judiciaire, art. L. 631-5 et L. 640-5 C. com.

²⁷⁶ Le ministère public est ainsi par ex. informé de l'ouverture d'une procédure de conciliation (art. L. 611-6 al. 3 C. com.), du déroulement des plans (art. L. 626-25 C. com.), ou des opérations de liquidation (art. L. 641-7 C. com.).

avis²⁷⁷, et peut formuler un certain nombre de demandes en cours de procédure²⁷⁸. Des prérogatives lui sont également conférées en matière de sociétés²⁷⁹ par exemple. L'essor du rôle du ministère public en droit commercial est relativement récent²⁸⁰, le droit des pratiques restrictives de concurrence ayant été, dans ce domaine, à l'avant-garde²⁸¹, et demeure, désormais avec le droit des procédures collectives, le domaine du droit commercial qui donne le plus de prérogatives au ministère public. Pourtant, pour les pratiques restrictives de concurrence qui s'incarnent en des clauses contractuelles, l'action du ministère public implique logiquement une connaissance des contrats conclus entre professionnels, et la question de savoir par quels moyens le parquet peut avoir connaissance de ces contrats. En matière civile, le ministère public est chargé de représenter l'Etat²⁸², et est incarné par le procureur de la République²⁸³. Une explication possible des différentes attributions de cette institution en matière de pratiques restrictives de concurrence pourrait être issue de l'histoire de la matière. En matière pénale, le procureur de la République « reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner »²⁸⁴. Or, les pratiques restrictives de concurrence étaient, avant 1986, pénalement sanctionnées, en tant qu'infraction de prix illicite²⁸⁵, et étaient constatées par

²⁷⁷ Le ministère public est ainsi invité à donner son avis, par ex. quant à la prolongation de la période d'observation (art. R. 621-9 C. com.), quant à la conversion de la procédure (art R. 621-26 C. com.), quant à la modification du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire (art. L. 626-26 C. com.), ou encore quant à l'autorisation de vendre un bien déclaré inaliénable dans le cadre de la procédure (art. L. 626-14 al. 2 C. com.).

²⁷⁸ Le ministère public peut ainsi par exemple demander le renouvellement de la période d'observation (art L. 621-3, et L. 631-7 C. com.), peut demander la prolongation de l'activité en cas de liquidation judiciaire (art. L. 641-10 C. com.), ou encore demander un report de la date de cessation des paiements (art. L. 631-8, et L. 641-1 C. com.).

²⁷⁹ Notamment, le ministère public peut saisir le président de la juridiction compétente aux fins d'injonction aux dirigeants d'une société anonyme ou à responsabilité limitée de convoquer l'assemblée générale, si cela n'a pas été effectué dans les six mois de la clôture de l'exercice (art. L. 225-100 et L. 223-26 C. com.).

²⁸⁰ En matière de sociétés, les dispositions précitées sont issues de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (art. 17), et en matière de procédures collectives, les dispositions sont notamment issues de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le ministère public ayant nettement moins de prérogatives auparavant, même s'il était déjà en mesure de demander l'ouverture d'une procédure en cas d'inexécution des engagements de l'accord amiable qui était prévu dans la procédure de redressement judiciaire par la loi n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

²⁸¹ L'ouverture de l'action au ministère public date en effet de l'ordonnance de 1986 précitée (art. 36), puis les prérogatives supplémentaires sont apparues au fil des réformes de la matière, et en particulier avec la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques qui permet au ministère public (et au Ministre chargé de l'économie) de demander la cessation des pratiques, de faire constater la nullité des clauses ou des contrats illicites, demander la répétition de l'indu, la réparation des préjudices, et le prononcé d'une amende civile. La disposition a ensuite évolué à la marge, notamment quant au montant de l'amende civile, qui peut être porté au triple des sommes induites versées depuis la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

²⁸² G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, précité, V° « Ministère public », sens 2.

²⁸³ Art. L. 212-6 C. organisation judiciaire.

²⁸⁴ Art. 40 C. procédure pénale.

²⁸⁵ Art. 37 de l'Ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relatif aux prix.

une administration *ad hoc*, puis transmises au procureur de la République²⁸⁶. L'ordonnance de 1986 procède à la dépenalisation d'une partie des pratiques restrictives de concurrence, et prévoit en lieu et place de la sanction pénale, une sanction civile, la responsabilité, tout en laissant au Ministre chargé de l'économie et au ministère public la possibilité d'agir face à ces pratiques. Pour le ministère public, il est possible d'analyser cette possibilité d'agir comme une conservation *mutatis mutandis* de la prérogative qu'il tirait des dispositions précédentes. Ce qui apparaît alors comme une trace de la réglementation précédente permet au ministère public de garder un rôle de connaissance des pratiques. La façon dont il peut en avoir connaissance est alors à rechercher en matière pénale, par la procédure du dépôt de plainte. A l'instar d'une plainte pénale, déposée consécutivement à une infraction, il est possible d'imaginer qu'une personne ayant connaissance d'une pratique restrictive de concurrence, mais ne pouvant ou ne souhaitant agir, en informe le ministère public. De même, il est possible d'imaginer que la victime elle-même de la pratique passe par le ministère public pour éviter d'agir elle-même contre son contractant²⁸⁷. Dans cette situation, le ministère public est en mesure de connaître le contenu des contrats en cause, et d'apprécier les pratiques restrictives de concurrence qui prennent la forme de clauses. Le rôle du ministre public en ressort légèrement modifié. En effet, traditionnellement tourné vers la protection de la société, le rôle de cette institution paraît, en droit des procédures collectives, ou en droit des pratiques restrictives de concurrence, davantage tourné vers la protection d'une personne ou d'une entreprise²⁸⁸. Outre cette façon indirecte d'agir, à travers le ministère public, les personnes privées sont également détentrices d'une possibilité de mettre en œuvre l'action ayant pour objectif la sanction des pratiques restrictives de concurrence.

2. Les actions mises en œuvre par une personne privée.

374. « Toute personne ayant intérêt »²⁸⁹. La loi mentionne toute personne ayant intérêt comme étant en mesure d'introduire l'action fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce. Parmi ces personnes, il y a la victime dont il ne fait guère de doute qu'elle peut

²⁸⁶ Art. 19 de l'Ord. n°45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, à la poursuite et à la répression des infractions à la législation économique.

²⁸⁷ Il convient néanmoins de noter une différence importante avec la matière pénale : En matière pénale, une victime peut obliger le ministère public à agir, en se constituant partie civile ou effectuant une citation directe de l'auteur devant la juridiction (art. 10-2 C. pr. pénale). En matière de pratiques restrictives de concurrence, en ce que ces pratiques ne sont pas pénalement sanctionnées, il n'est pas possible d'obliger le ministère public à exercer l'action en justice.

²⁸⁸ Ce rôle d'action au bénéfice d'une « victime » d'une pratique s'incarne particulièrement en ce que le ministère public est en mesure de demander la répétition de l'indu, au bénéfice de la victime de la pratique, et non pour protéger la société (art. L. 442-6, III C. com.).

²⁸⁹ Art. L. 441-6, III, al. 1^{er} C. com.

amorcer l'action, mais la formule suppose une ouverture plus large de cette action, à d'autres personnes.

375. Le concurrent. Il convient de constater que l'action engagée par la victime peut avoir pour effet une cessation des pratiques qui sont observées dans le contrat qu'elle a conclu, mais aussi dans les engagements similaires qui ont pu être conclus entre le responsable et d'autres personnes, parmi lesquelles des concurrents. Il en va de même pour l'action engagée par le Ministre chargé de l'économie ou par le ministère public, qui a vocation à faire cesser les pratiques. Si est isolée une clause qui met en œuvre une pratique restrictive de concurrence dans un contrat qui a été conclu à l'identique avec plusieurs contractants, il conviendra de faire cesser la pratique à l'égard de tous les contractants²⁹⁰. Il n'est pas douteux que le concurrent qui engage l'action car il est victime d'une même pratique, la fera cesser à l'égard des autres compétiteurs²⁹¹. La question qui se pose est celle de savoir si le concurrent peut agir, sans être lui-même victime d'une pratique restrictive de concurrence, soit en d'autres termes de savoir si un concurrent peut avoir intérêt à faire cesser des pratiques restrictives de concurrence. Il se conçoit que si un concurrent accepte d'être soumis à des clauses qui s'analysent en des pratiques restrictives de concurrence, il se confère un avantage par rapport aux autres acteurs du marché qui ne les acceptent pas. Ceux-ci peuvent alors prendre l'initiative d'agir, en faisant la démonstration de leur intérêt. De même, si un des compétiteurs est informé de la soumission d'un concurrent à des pratiques restrictives de concurrence, il peut avoir un intérêt à agir en cessation de ces pratiques. Néanmoins, les exemples d'actions intentées par des concurrents, en cessation de pratiques restrictives de concurrence sont *a priori* peu nombreux. Plus nette est la question de l'action par une organisation professionnelle.

376. Les organisations professionnelles. La question de savoir si les organisations professionnelles peuvent introduire une action en matière de pratiques restrictives de concurrence dans le but d'indemniser un préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession qu'elles représentent paraît réglée en ce que cette action est prévue par une disposition distincte²⁹². Les organisations professionnelles ont en l'espèce une action en tous points

²⁹⁰ En ce sens, v. Cass., com., 27 mai 2015, n°14-11.387, précité.

²⁹¹ V. par ex. la pratique restrictive de concurrence qui consiste à bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant, prévue par l'art. L. 442-6, II, d).

²⁹² Art. L. 470-7 C. com. ; *Adde* : art. 7.5 de la directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, qui précise que « les organisations officiellement reconnues comme représentant les entreprises ou ayant un intérêt légitime à les représenter » doivent pouvoir saisir les juridictions compétentes relativement à des clauses contractuelles ou à des pratiques manifestement abusives, prévues par l'art. 7.1.

similaire en matière de concurrence déloyale²⁹³, et de pratiques anticoncurrentielles²⁹⁴. La démonstration du préjudice collectif dont il est question dans le cadre de cette action aurait pu fonder un intérêt à agir au sens de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, mais le texte spécifique permet aux organisations professionnelles de pouvoir agir en matière de pratiques restrictives de concurrence, à la seule condition de démontrer un préjudice à l'intérêt collectif de la profession, le texte précisant que l'indemnisation s'étend au préjudice indirect. Pour autant, l'action des organisations professionnelles en matière de pratiques restrictives de concurrence semble se limiter à la saisine de la CEPC²⁹⁵, les saisines de juridictions étant relativement rares²⁹⁶.

377. Les associations de consommateurs. En matière de pratiques anticoncurrentielles, l'action des associations de consommateurs est consacrée²⁹⁷. En matière de pratiques restrictives de concurrence, il n'en va pas de même, puisqu'aucun texte ne le mentionne expressément. La question qu'il convient de se poser est alors de savoir si les associations de consommateurs peuvent avoir un intérêt à engager une action, face à une pratique restrictive de concurrence. Les associations agréées de consommateurs ont la possibilité de demander en justice que soit prise « toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites »²⁹⁸ à l'égard des consommateurs, et peuvent demander la réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs²⁹⁹. L'« action en cessation d'agissements illicites » concerne *a priori* les agissements des professionnels à l'égard des consommateurs, et est prévue par une directive européenne³⁰⁰, pour tout agissement illicite au regard d'un certain nombre de directives³⁰¹. La réponse à la question d'une action en

²⁹³ *Ibidem*, cette possibilité étant expressément prévue par le texte.

²⁹⁴ *Ibidem*, le texte concernant l'ensemble des dispositions du Livre IV du Code de commerce.

²⁹⁵ La CEPC a rendu un certain nombre d'avis après avoir été saisie par une organisation professionnelle, et en publie la liste sur son site internet, puisqu'elle classe les avis rendus par type de demandeur : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/avis-par-type-demandeur>. Ainsi par exemple, a été rendu un avis à l'initiative d'une organisation professionnelle relatif à des clauses contractuelles dans le secteur pharmaceutique (avis n°15-28 du 15 déc. 2015), ou encore un avis relatif aux conditions générales d'achat imposées à des fabricants du secteur automobile par un constructeur (avis n°14-06 du 30 sept. 2014).

²⁹⁶ L'étude des bilans de l'application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, réalisée chaque année par la faculté de droit de Montpellier, et publiée sur le site de la CEPC permet de se rendre compte qu'aucune décision étudiée n'a été engagée à l'initiative d'une organisation professionnelle.

²⁹⁷ Art. L. 462-5, II et L. 462-1 C. com. ; il leur est même possible d'engager une action dans l'intérêt collectif des consommateurs, sur le fondement de l'art. L. 621-1 et s. C. conso. (tel qu'issu de l'ord. n°2016-301).

²⁹⁸ Art. L. 421-2 C. conso.

²⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 1999, n°97-17.559, Bull. civ. I, n°260.

³⁰⁰ Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avr. 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs.

³⁰¹ Cf. les textes visés par l'Annexe 1 de la directive 2009/22/CE, parmi lesquels par ex. la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, la directive 97/7/CE concernant

justice de ces associations face à une pratique restrictive de concurrence semble aller de soi, leur rôle étant cantonné aux atteintes à l'intérêt collectif des consommateurs. Pourtant, il convient d'aller au-delà de cette première impression et de se demander si une pratique restrictive de concurrence ne peut pas porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. La clause qui crée un déséquilibre significatif au détriment d'un distributeur ou d'un fournisseur, peut porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs si, pour compenser ce déséquilibre, le distributeur pratique des prix supérieurs, ou réduit la qualité de ses services. De même, les clauses qui induisent des pratiques restrictives de concurrence au détriment des fournisseurs peuvent entraîner des hausses de prix au détriment des consommateurs, et uniquement justifiées par ces pratiques.

L'action d'une association de consommateurs en cessation des pratiques restrictives de concurrence implique alors le respect de la directive 2009/22/CE, la jurisprudence soumettant aux mêmes conditions la possibilité d'une action en réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs. Néanmoins, pour l'application de ces dispositions, l'association doit agir en cessation d'un agissement illicite au sens d'une des directives citées et des textes de transposition. *A priori*, les pratiques restrictives de concurrence ne relèvent d'aucune de ces directives, puisque celles-ci concernent uniquement les relations entre professionnels et consommateurs. Pourtant, la question se pose s'agissant de la directive du 11 mai 2005³⁰² concernant des pratiques mises en œuvre par des professionnels vis-à-vis des consommateurs. La directive prend soin d'exclure les pratiques commerciales déloyales qui « portent atteinte uniquement aux intérêts économiques des concurrents »³⁰³, et ne s'intéresse qu'à celles des pratiques qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs³⁰⁴, « et par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes »³⁰⁵. Il résulte de ces prescriptions que la directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte directement aux intérêts des consommateurs, et parfois, indirectement, aux intérêts des concurrents légitimes. Cependant, il convient d'aller au-delà dans l'application des définitions données par la directive. La définition des pratiques commerciales déloyales issue

la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ou encore la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs.

³⁰² Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

³⁰³ Directive 2005/29/CE, considérant 6 ; Sur ce point, v. : B. Keirbilck : « Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales déloyales « b2c » et « b2b » », in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales évolution et perspectives*, colloque, Lille, 2011, dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p.156-175, spéc. n°8.

³⁰⁴ Directive 2005/29/CE, considérant 6, art. 1^{er}.

³⁰⁵ Directive 2005/29/CE, considérant 6.

de la directive est large³⁰⁶, et peut permettre d'englober un certain nombre de pratiques qui sont atteintes en droit interne sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, comme la revente à perte par exemple³⁰⁷, pratique pour laquelle l'action des associations de consommateurs a été admise³⁰⁸. Dans le domaine plus précis des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, il conviendra sans doute de procéder à une analyse au cas par cas, selon que la clause ait ou non une conséquence directe en matière d'altération du comportement économique du consommateur. L'ensemble des clauses ainsi qualifiées ne peuvent être considérées comme ayant cet effet. Certaines clauses dont la qualification de pratique restrictive de concurrence a pu être soutenue en justice peuvent être vues comme ayant un effet sur le comportement économique du consommateur. Il en va ainsi par exemple des clauses imposant des pénalités à des fournisseurs, en raison du retard dans la livraison³⁰⁹ ou des clauses de retour des invendus³¹⁰. Ces stipulations ont nécessairement un coût et leur objectif est de faire supporter ce coût non pas au distributeur mais au fournisseur. Le fournisseur devra compenser ce coût, soit en réduisant ses marges ou la qualité de ses produits, soit en augmentant ses prix de vente. Dans ces cas, le consommateur peut avoir à supporter des tarifs plus élevés, dont une part ne s'explique que par la mise à la charge du fournisseur d'un certain nombre d'obligations créant un déséquilibre significatif. Si tel est le cas, la recevabilité d'une

³⁰⁶ Directive 2005/29/CE, art. 2, d) : Les pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs désignent « tout action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs » ; art. 5 : « Une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ».

³⁰⁷ L'interdiction de la revente à perte est prévue par l'art. L. 442-2 C. com. ; V. sur ce point : D. Voinot : « L'interdiction de la revente à perte est-elle conforme à la directive sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs », AJCA, 2014, p. 171.

³⁰⁸ Cass. crim., 10 oct. 1996, n°95-80.226, Bull. crim. n°358, qui approuve la Cour d'appel qui a admis l'action d'une association de consommateurs agréée en matière de revente à perte, en se fondant sur l'art. L. 421-1 C. conso. et en estimant que la revente à perte est contraire à l'intérêt des consommateurs ; RTD Com. 1997, p. 339, obs. B. Bouloc.

³⁰⁹ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n°12/00150, où la Cour constate un déséquilibre significatif en ce « qu'il n'existe à la charge du distributeur aucune pénalité pour ses manquements dans l'exécution des obligations nées des contrats de coopération commerciale, alors que ces manquements peuvent être dommageables tout autant pour le fournisseur » ; CCC, 2014, alerte 13, note L. Molinié et N. Contis ; CCC, 2014, comm. 64, note N. Mathey ; RLC, 4-2014, n°39, p. 45-48, note J.- C. Grall et T. Buissonnière ; RDC, n°3/2014, p. 411, note M. Béhar-Touchais ; puis pourvoi rejeté par Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387, précité.

³¹⁰ CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 4 juil. 2013, n°12/07651, Dans cette espèce, la Cour d'appel a estimé que la clause de retour des invendus « impute au fournisseur la totalité de la charge de la mévente d'un produit, ainsi que le coût de la reprise, alors que le distributeur détient presque tous les leviers permettant, à ce stade, d'agir sur le niveau des ventes », « mettant à leur charge une obligation, sans qu'aucune contrepartie ne leur soit accordée, elle instaure par là un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » ; RLC, 1-2014, n°38, p. 43, note J.- C. Grall et P. Tourret ; J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », CCC, 2013, étude 14 ; CCC, 2013, comm. 208, note N. Mathey.

action d'une association de consommateurs en cessation des pratiques peut être possible, alors qu'une action en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs supposera une démonstration de ce préjudice. Un autre préjudice démontrable est un préjudice individuel, subi par les consommateurs, mais dont la réparation peut être demandée par une association, via une autre action en justice.

Une autre action, ouverte aux associations de consommateurs, mais dans le but de représenter des consommateurs individuels existe, il s'agit de l'action de groupe³¹¹. Cette action permet à une association de consommateurs d'agir en réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs. Expressément prévue en matière de pratiques anticoncurrentielles³¹², la question de la possibilité d'une action de groupe se pose s'agissant de pratiques restrictives de concurrence. Le texte mentionne un manquement d'un professionnel à des obligations légales ou conventionnelles à l'occasion de la vente d'un bien ou de la fourniture d'un service, sans préciser les obligations légales dont il est question, de sorte qu'elles peuvent ressortir au droit de la consommation ou à une autre branche du droit comme le droit des pratiques restrictives de concurrence par exemple. Ainsi, il est concevable d'imaginer une action de groupe en réparation des préjudices subis par des consommateurs en raison d'un manquement par un professionnel à des obligations légales en matière de soldes, alors même que cette réglementation est prévue par le Code de commerce³¹³. En cas de préjudices subis par des consommateurs en raison d'une pratique restrictive de concurrence, il convient alors de suivre le même raisonnement que celui qui avait présidé concernant la réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, permettant de considérer cette action comme possible, pour autant que le préjudice soit démontré.

378. La large ouverture de l'action. Outre le président de l'Autorité de la concurrence, dans les cas où il a connaissance d'une pratique restrictive de concurrence, du Ministre chargé de l'économie, notamment après les enquêtes de son administration, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, et du Ministère public, l'action peut également être mise en œuvre par plusieurs personnes privées.

³¹¹ Art. L. 621-1 et s. C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 423-1 C. conso.) : « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par les consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales et contractuelles : 1° à l'occasion de la vente d'un bien ou de la fourniture de services ; 2° ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du Livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

³¹² *Ibidem.*

³¹³ Art. L. 310-3 C. com.

Celle-ci est même assez largement ouverte puisque, outre la victime de la pratique, l'action pourra parfois être engagée par un concurrent, par une organisation professionnelle, et même par une association de consommateurs, avec la particularité pour celles-ci de devoir opter parmi deux actions, celle en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, et celle en réparation des préjudices individuels subis par les consommateurs. Le caractère à la fois large et accueillant des dispositions prévoyant ces actions assure l'ouverture large de l'action en cessation des pratiques restrictives de concurrence. Ces actions demeurent des actions civiles, en réparation d'un préjudice, ou en cessation de pratiques, et ne doivent pas faire oublier les actions spécifiques que le droit des pratiques restrictives de concurrence prévoit parfois pour certaines clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

3. Les actions spécifiques aux clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement d'autres dispositions que celles de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

379. Clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en dehors de l'article L. 442-6. L'article L. 442-6 du Code de commerce prévoit la majorité des pratiques restrictives de concurrence, et le régime qu'il décrit trouve donc à s'appliquer dans nombre de cas de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Des pratiques restrictives de concurrence qui peuvent prendre la forme de clauses sont ainsi sanctionnées par d'autres dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence³¹⁴. De plus, un certain nombre de pratiques restrictives de concurrence, qui peuvent prendre la forme de clauses, sont prévues par d'autres dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce. En effet, les dispositions relatives à la transparence cachent un certain nombre de pratiques qui s'apparentent à des pratiques restrictives de concurrence, même si leur sanction ne consiste pas en la mise en jeu de la responsabilité civile de leur auteur.

380. Les liens entre transparence et pratiques restrictives de concurrence. La transparence que doivent respecter les professionnels lors de la conclusion de leurs contrats n'est pas sans lien avec les pratiques restrictives de concurrence qu'ils doivent veiller à ne pas mettre en place à l'occasion de ces contrats. Certaines dispositions relatives à la transparence ne manquent d'ailleurs pas de rappeler que leur application se réalise dans le respect des

³¹⁴ V. not. : art. L. 442-9 C. com.

dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence³¹⁵. Il convient alors de ne pas opposer ces deux corpus de règles, qui, en pratique, trouvent application de manière concomitante. Il n'est pas surprenant, dès lors, que certaines pratiques restrictives de concurrence se trouvent sanctionnées par des dispositions relatives à la transparence. Parmi ces pratiques, certaines sont relatives aux délais de paiement, et d'autres sont relatives au prix de cession et à la renégociation du prix de certains produits issus de l'agriculture ou de la pêche.

381. Règles relatives aux délais de paiement. Depuis la loi du 15 mai 2001³¹⁶, et malgré des modifications de contenu, la réglementation relative aux délais de paiement s'articulait en deux parties. L'une imposait aux parties, dans les conditions générales de vente, de prévoir les dispositions relatives aux délais de paiement, qui peuvent, dans une certaine limite, être contractuellement aménagés. Ces dispositions faisaient partie de la réglementation sur la transparence³¹⁷. L'autre prévoyait les sanctions applicables en cas de non-respect des délais de paiement, ou encore en cas d'obtention de délais de paiement non justifiés par des contreparties réelles³¹⁸. Les sanctions prévues en matière de pratiques restrictives de concurrence étaient donc applicables au non-respect des délais de paiement légaux ou à l'obtention de conditions de paiement manifestement abusives, alors que les dispositions relatives à l'obligation d'information relative aux délais de paiement et aux conséquences d'un retard de paiement étaient pénalement sanctionnées³¹⁹. Les lois du 17 mars et du 18 juin 2014³²⁰ ont opéré un revirement, et ont plus sévèrement sanctionné les règles relatives au non-respect des délais de paiement³²¹, en les plaçant toutes au sein des dispositions relatives à la transparence, et en les soumettant à une amende administrative. Pourtant, le non-respect des délais de paiement s'analyse comme une pratique restrictive de concurrence, sans que le changement opéré par la loi n'ait aucune incidence. En effet, une pratique restrictive de concurrence se définit comme ensemble de règles posant des interdictions de certaines pratiques commerciales unilatérales dans un but de protection des intérêts des acteurs

³¹⁵ Art. L. 441-7, I C. com. : « Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale » ; V. aussi pour une mention de l'article L. 442-6 : art. L. 441-8, al. 5 et L. 441-9 C. com.

³¹⁶ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

³¹⁷ V. évolution de l'article L. 441-6 depuis la loi du 15 mai 2001.

³¹⁸ V. art. L. 442-6, I, 1° et 7° C. com., entre la rédaction issue de la loi du 15 mai 2001 et la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

³¹⁹ V. la sanction qui était prévue par l'art. L. 441-6 C. com., qui prévoit une amende de 15 000 €, abrogée par la loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative au commerce, à l'artisanat et aux très petites entreprises (art. 68).

³²⁰ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

³²¹ Art. L. 441-6, VI C. com. qui prévoit une amende administrative de 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale, ainsi qu'une amende doublée en cas de réitération de la pratique dans le délai de deux ans après une première sanction devenue définitive.

économiques ou d'un contractant à l'occasion d'un rapport contractuel passé, présent ou à venir, et indépendamment de tout effet sur la concurrence³²². Les clauses qui contreviennent à la réglementation sur les délais de paiement peuvent donc être analysées comme des clauses qui mettent en œuvre une pratique restrictive de concurrence, notamment si elles ont pour objectif de retarder le point de départ du délai, de dépasser le délai prévu par la loi, ou encore si elles consistent à minorer les pénalités et indemnités dues en cas de dépassement du délai par exemple. L'action concernant ces clauses est double. D'une part, la constatation de la pratique et le prononcé d'une amende administrative appartiennent à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes³²³. D'autre part, dans le cas où l'indemnité forfaitaire prévue par la loi ne suffit pas à couvrir les frais de recouvrement engagés par le créancier, celui-ci peut demander une indemnisation complémentaire, éventuellement devant le juge compétent³²⁴, en démontrant le préjudice qu'il a subi, soit par une action qui ressemble à celle qu'une victime de pratique restrictive de concurrence peut engager sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Il en va de même pour un certain nombre de dispositions relatives aux prix des produits issus de l'agriculture ou de la pêche.

382. Règles relatives aux prix de première cession abusivement bas de certains produits issus de l'agriculture et de la pêche et à la renégociation des prix de ces produits.

Le droit des pratiques restrictives de concurrence prévoit les mêmes actions³²⁵ que celles prévues par l'article L. 442-6 concernant la pratique consiste à pratiquer ou à faire pratiquer des prix de première cession abusivement bas en situation de crise conjoncturelle ou de forte hausse du coût des matières premières agricoles³²⁶ pour certains produits issus de l'agriculture et de la pêche³²⁷. Pour ces mêmes produits, les règles relatives à la transparence prévoient une obligation de stipulation d'une clause de renégociation du prix en cas de fluctuation du prix des

³²² Sur la définition, Cf. *Supra*, n°22.

³²³ Cf. art. L. 465-2 C. com. auquel se réfère l'art. L. 441-6, VI C. com.

³²⁴ Art. L. 441-6, I, al. 8 *in fine* C. com. ; cette action étant prévue par l'art. 7 de la Directive 2011/7/UE du 16 fév. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, qui pose une présomption de faute à l'égard de celui qui met en place une pratique qui contrevient aux dispositions de la directive relatives aux délais de paiement.

³²⁵ Le texte prévoit l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la pratique, et (al. 3), prévoit l'applicabilité des III et IV de l'art. L. 442-6 C. com.

³²⁶ Art. L. 442-9 C. com.

³²⁷ L'art. L. 442-9 C. com. renvoie à l'art. L. 441-2-1 pour connaître la liste des produits dont il s'agit, ce texte citant : « les produits périssables ou issus de cycles courts de production, les animaux vifs, les carcasses ou les produits de la pêche et de l'aquaculture », et plus précisément, l'art. D. 441-2 C. com. cite « les fruits et légumes à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus au consommateur, les viandes fraîches, congelées ou surgelées de volailles et lapins, les œufs et le miel ».

matières premières agricoles³²⁸. La loi va même jusqu'à prescrire le contenu de la clause, précisant qu'elle doit prévoir les conditions de déclenchement de la renégociation, qu'elle doit faire référence à un indice public des prix des produits agricoles ou alimentaires³²⁹, ou qu'elle doit préciser le délai dans lequel pourra s'effectuer la renégociation³³⁰. Le texte prévoit enfin une sanction, sous forme d'amende administrative, en cas de non-stipulation de la clause ou de non-respect du contenu prévu par la loi³³¹. Dans ce cas, la logique peut être analysée comme inverse à celle qui préside en matière de clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence, puisque la pratique sanctionnée est celle qui consiste à ne pas stipuler de clauses, ou à la stipuler sans respecter les préconisations légales. Il s'agit néanmoins d'une pratique restrictive de concurrence, en ce qu'elle consiste en l'interdiction d'une pratique commerciale à l'occasion d'un contrat, et indépendamment de tout effet sur la concurrence. Celle-ci est sanctionnée comme le non-respect des délais de paiement, par une action de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, qui peut constater la pratique et prononcer une amende administrative³³². L'action de la partie au détriment de laquelle la pratique est mise en place n'est pas explicitement prévue par le texte. Cela ne doit pas être de nature à l'empêcher de mettre en œuvre une action en responsabilité civile, au cas où le non-respect des dispositions légales lui aurait causé un préjudice, de même que cela est possible pour les pratiques qui sont pénalement sanctionnées.

383. Pratiques pénalement sanctionnées. Certaines pratiques restrictives de concurrence sont pénalement sanctionnées, comme c'est le cas de l'imposition d'un prix minimal de revente³³³. Or, la pratique d'imposition d'un prix minimal de revente peut revêtir la forme d'une clause au sein d'un contrat conclu par exemple entre un fournisseur et un distributeur, le fournisseur souhaitant que le distributeur ne puisse revendre les produits en dessous d'un certain prix. Pourtant, la disposition ne mentionne qu'une amende en sanction de la pratique, sans évoquer les personnes habilitées à agir, ni les éventuelles conséquences sur un contrat. La jurisprudence a donc été amenée à préciser qu'une action en responsabilité civile engagée par la victime de la pratique était possible³³⁴, et que la nullité du contrat contenant une

³²⁸ Art. L. 441-8 C. com.

³²⁹ Art. L. 441-8, al. 2 C. com.

³³⁰ Art. L. 441-8, al. 3. C. com.

³³¹ Art. L. 441-8, al. 4 C. com., l'amende administrative étant de 75 000 € pour les personnes physiques et de 375 000 € pour les personnes morales.

³³² *Ibidem.*

³³³ Art. L. 442-5 C. com., cette pratique étant punie d'une amende de 15 000 €.

³³⁴ V. par ex. : Cass. crim., 19 fév. 2003, n°02-81.422.

clause qui impose un prix minimal de revente pouvait être prononcée³³⁵. En l'absence de dispositions spécifiques s'agissant de cette pratique, seules les personnes titulaires de l'action en droit commun peuvent déclencher l'action publique, soit la victime et le ministère public³³⁶.

384. Conclusion du paragraphe. Face à une pratique restrictive de concurrence, et même si celle-ci prend la forme d'une clause contractuelle, les acteurs de la contestation sont relativement nombreux. Au-delà de l'action préventive et consultative de la CEPC, peuvent agir en justice le Président de l'Autorité de la concurrence, le Ministre chargé de l'économie, le Ministère public, qui a gardé cette faculté malgré la dépenalisation de la majorité des pratiques restrictives de concurrence, mais aussi la victime elle-même, ainsi qu'un certain nombre de personnes privées, parmi lesquelles les organisations professionnelles, et dans certaines situations, les concurrents et les associations de consommateurs. Cette large ouverture de l'action s'explique par la volonté législative de faire émerger des pratiques qui, surtout si elles se nichent dans les stipulations d'un contrat entre deux professionnels, peuvent peiner à être connues et sanctionnées. Cela rappelle également l'ouverture de l'action en matière de pratiques anticoncurrentielles, qui est pareillement relativement large, afin de permettre l'émergence de ces pratiques, dans un but de sanction de leurs auteurs. Le nombre d'acteurs de la contestation des pratiques, très éloigné du droit de la concurrence déloyale, n'est pas le seul point commun entre le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit des pratiques anticoncurrentielles. En effet, les pratiques anticoncurrentielles sont, parallèlement aux sanctions civiles, réprimées par des sanctions qui, à défaut d'être pénales, sont demeurées éminemment répressives.

§2 : La répression des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

385. Distinction entre dépenalisation et absence de répression. La dépenalisation des pratiques restrictives de concurrence, opérée par l'ordonnance de 1986³³⁷, ne signifie pas que la loi ne prévoit plus de dispositions répressives à l'égard de ces pratiques. Tout comme les pratiques anticoncurrentielles sont sanctionnées par des dispositions répressives³³⁸, les

³³⁵ V. pour un arrêt qui approuve les juridictions du fond qui avaient prononcé la nullité des contrats en cause : Cass. com., 7 oct. 1997, n°95-19.518.

³³⁶ V. art. 1^{er} et 31 C. proc. pénale.

³³⁷ Ord. 86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence.

³³⁸ V. art. L. 420-6 C. com. qui prévoit une peine d'emprisonnement de quatre ans et une amende de 75 000 € pour les personnes physiques qui prennent part aux pratiques anticoncurrentielles d'entente ou d'abus de domination ; art. L. 464-2 C. com. qui prévoit les sanctions pécuniaires que l'Autorité de la concurrence peut prononcer en répression d'une pratique anticoncurrentielle, qui peuvent aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé que l'entreprise en cause a réalisé au cours des derniers exercices.

pratiques restrictives de concurrence peuvent être, au-delà des sanctions civiles, sanctionnées par des dispositions à caractère punitif. Ces mesures répressives peuvent soit être demandées par le Ministre chargé de l'économie, ou par le ministère public (A), soit être prononcées par la juridiction saisie (B).

A. Les sanctions spécifiques pouvant être demandées par le ministre chargé de l'économie et le ministère public.

386. La répression des pratiques en tant que monopole de l'Etat. A l'occasion de leur action, le Ministre chargé de l'économie et le ministère public se sont vus attribuer la possibilité d'effectuer un certain nombre de demandes qui ont pour objectif la répression des pratiques restrictives de concurrence, et qui ne peuvent être formulées par la victime ou les autres personnes qui agissent³³⁹. Pour autant, la personne qui met en œuvre l'action ne laisse en rien présager des sanctions finales, puisque le ministère public pourra formuler ses demandes au cours de la procédure³⁴⁰. C'est donc à l'Etat, incarné par le ministère public ou le Ministre chargé de l'économie, que revient la tâche de demander à ce que soient sanctionnées les pratiques, dans un but dissuasif de ces comportements et de leur répétition.

387. Nullité des clauses. Outre la cessation des pratiques, le Ministre chargé de l'économie et le Ministère public peuvent demander la nullité des clauses et des contrats illicites³⁴¹. Cette disposition ne semblait pas indispensable s'agissant des clauses illicites, prévues par l'article L. 442-6, II du Code de commerce³⁴². Cette partie du texte prévoit un certain nombre de pratiques restrictives de concurrence qui prennent la forme de clauses, et mentionne expressément la sanction de la nullité de ces stipulations. La possibilité de demande de constat de la nullité des clauses ou des contrats illicites apparaît donc comme une demande

³³⁹ Si l'action est mise en œuvre par une personne privée, celle-ci ne peut qu'engager la responsabilité de l'auteur de la pratique, et en demander la cessation, sans possibilité de formuler des demandes répressives.

³⁴⁰ Art. 423 C. pr. civ., en raison du caractère d'ordre public des textes relatifs aux pratiques restrictives de concurrence.

³⁴¹ Art. L. 442-6, III C. com.

³⁴² Art. L. 442-6, II C. com. : « Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité : a) de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ; b) d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ; c) d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ; d) de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrents par le cocontractant ; e) d'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou d'une obligation de non-concurrence post-contractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans ».

pouvant être formulées concernant les pratiques visées par l'article L. 442-6, I, lorsque ces pratiques prennent la forme de clauses ou de contrats. Cette sanction est identique à celle qui peut être prononcée en matière de pratiques anticoncurrentielles³⁴³. D'autres sanctions, pouvant être demandées par les représentants de l'Etat, sont plus spécifiques aux pratiques restrictives de concurrence.

388. Répétition de l'indu et réparation des préjudices causés. Le Ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent, s'ils engagent l'action dans l'objectif de sanctionner une pratique restrictive de concurrence prévue par l'article L. 442-6 du Code de commerce, demander la répétition de l'indu et la réparation des préjudices causés³⁴⁴. Ces deux demandes semblent participer d'une logique unique, consistant à se substituer à la victime de la pratique, qui subit effectivement le préjudice ou a effectivement versé des sommes qui étaient indues. Concrètement, en matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, la répétition de l'indu prend la forme d'un paiement par l'auteur de la pratique, au Trésor public, de l'indu, qui sera ensuite reversé à la victime ou aux victimes de la pratique³⁴⁵. Tout comme la nullité des clauses, la répétition de l'indu ou la réparation des préjudices causés rapproche l'action du ministre ou du Ministère public de celle que peut engager la victime, qui peut, elle aussi, demander à ce que soit constatée la nullité des clauses illicites, ou la réparation du préjudice qu'elle subit³⁴⁶. L'action du ministre ou du ministère public prend toute sa dimension originale en ce qu'elle leur permet de demander à la juridiction le prononcé d'une amende civile, ce que la victime de la pratique, ou les autres acteurs de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ne peuvent demander.

389. Amende civile. En ce qui concerne les pratiques restrictives de concurrence qui sont prévues par l'article L. 442-6 du Code de commerce, le Ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander le prononcé d'une amende civile³⁴⁷. Le juge appréciera souverainement l'opportunité et le montant de cette amende³⁴⁸. L'amende peut atteindre au

³⁴³ Art. L. 420-3 C. com. : « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-1 ».

³⁴⁴ Art. L. 442-6, III C. com.

³⁴⁵ Pour un ex. : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251, qui liste le montant de l'indu, fournisseur par fournisseur ; AJCA, 2015, p. 435, note M. Chagny ; pourvoi pendant devant la Cour de cassation.

³⁴⁶ Sur ce point, v. la réserve émise par Cons. const., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC, précité, spéc. n°8 et 9 qui subordonne la validité de l'action du ministre chargé de l'économie ou du ministère public à l'information des parties au contrat.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ Sur ce point, v. CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 3 déc. 2014, n°13/06091 ; AJCA, 2015, p. 229, note L. Constantin ; *Adde* : N. Lajnef : « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », RLC, 04-2014, n°39, p. 171-177, *in fine*.

maximum deux millions d'euros³⁴⁹, et est prononcée au profit du Trésor public³⁵⁰. Cette sanction comporte des points communs avec l'amende pénale qui existait en la matière avant 1986³⁵¹. Ainsi, elle apparaît comme ayant une dimension punitive³⁵² et elle doit respecter les principes du droit pénal, parmi lesquels par exemple celui de la légalité des délits et des peines³⁵³ ou de la personnalité des peines³⁵⁴. Pour autant, elle n'est pas identique, et il est possible d'observer davantage de souplesse s'agissant de la fixation de l'amende. Il ressort des décisions rendues en matière de déséquilibre significatif que le juge prend en considération la gravité de la pratique sanctionnée³⁵⁵, ou le « trouble à l'ordre public économique »³⁵⁶, ou encore le fait que la pratique ait été ou non mise en œuvre³⁵⁷. Aussi, certaines décisions font apparaître une prise en compte de la position de celui qui a mis en place la pratique par rapport

³⁴⁹ L'art. L. 442-6, III C. com. prévoit toutefois que l'amende peut être « portée au triple des sommes indûment versées », ou, depuis la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (art. 34) « de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 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 mentionnées au présent article ont été mises en œuvre » ; V. pour un ex. prononçant une amende civile de deux millions d'euros : CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 sept. 2013, n°12/03177 ; J.-L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », CCC, 2013, étude 14 ; N. Lajnef : *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁵⁰ V. : M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°273.

³⁵¹ Les pratiques restrictives de concurrence étaient alors assimilées par les art. 36 et 37 de l'ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, qui renvoie à l'art. 40 de l'ord. n°45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, à la poursuite et à la répression des infractions à la législation économique, qui prévoyait « une peine d'emprisonnement de deux ans, et une amende de 60 à 200 000 francs, ou l'une des deux peines seulement ».

³⁵² Sur cette dimension, v. : CA Nîmes, ch. 2 B, 25 fév. 2010, n°07/00606 ; RLC, 10/2010, n°25, p. 22-24 : « Eviction des règles protectrices du droit pénal en cas de condamnation à une amende civile », note M. Béhar-Touchais ; RDC, n°4/2010, p. 1331, note M. Béhar-Touchais. Sur le principal point soulevé par cet auteur, en ce que l'amende civile échapperait aux dispositions protectrices du droit pénal, cet arrêt semble avoir été contredit par la décision du Conseil constitutionnel.

³⁵³ Cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, précité, spéc. n°3 : « Conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement ».

³⁵⁴ Sur l'application de ce principe en matière d'amende civile consécutive à une pratiques restrictives de concurrence : Cass. com., 21 janv. 2014, n°12-29.166 ; D. 2014, p. 531, note M.- C. Sordino ; *Ibidem*, note sous arr. E. Chevrier ; JCP, E, 2014, 1124, note L. Arcelin-Lécuyer ; AJCA, 2014, p. 41, note L. Constantin ; Concurrences, n°2/2014, p. 122, note M. Chagny ; RLDA, 06/2014, n°94, p. 40-43, note J.- D. Bretzner ; v. aussi : RLC, 07/2014, n°40, p. 36-39 ; CCC, 2014, comm. 91, note sous arr. N. Mathey ; RDC, 09/2014, n°3, p. 415, note M. Béhar-Touchais.

³⁵⁵ V. par ex. : CA Paris, 18 sept. 2013, précité ;

³⁵⁶ V. par ex. : CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n°12/07651 ; CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n°12/01166, arrêts précités.

³⁵⁷ Sur ce point, il importe peu, pour sanctionner le déséquilibre significatif, que la pratique ait été mise en œuvre ou non, ou qu'elle ait donné lieu ou non à application, mais ce point paraît pouvoir être examiné au moment de la fixation de l'amende civile, qui peut être inférieure si les clauses déséquilibrées n'ont pas été mises en œuvre, v. par ex. : T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n°2009/02295 : Le ministre « ne rapporte pas de preuve de l'usage fait de la clause de résiliation non plus que de l'importance de l'impact sur la trésorerie tiré du déséquilibre dans les conditions de paiement » ; CA Paris, 4 juill. 2013, précité : « Il convient de tenir compte que le ministre n'a pas rapporté la démonstration de la mise en œuvre effective des clauses prohibées (...) dans ces conditions, il convient de prononcer une amende civile de 600 000 euros ».

à celle de sa victime³⁵⁸, ou encore une volonté des juges de donner à l'amende un caractère exemplaire ou dissuasif³⁵⁹. Pour résumer, le montant de l'amende civile est évalué par le juge, au cas par cas, en fonction de plusieurs facteurs. La modulation de l'amende civile paraît donc devoir la faire correspondre à la gravité de la pratique mise en œuvre³⁶⁰. Cette préoccupation n'est parfois pas celle des amendes administratives ou pénales, parfois prononcées en matière de pratiques restrictives de concurrence, lorsque ces pratiques ne relèvent pas de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

390. Amende administrative. Certaines pratiques restrictives de concurrence qui peuvent résulter de clauses contractuelles sont sanctionnées par une amende administrative³⁶¹. Il en va ainsi des pratiques relatives aux délais de paiement, qu'il s'agisse du dépassement du délai, du manquement à l'obligation d'indication des conditions de règlement, du non-respect des modalités de computation des délais de paiement, des clauses ou des pratiques visant à retarder le point de départ du délai de paiement, ou encore de la fixation d'un taux de pénalités non conforme à la loi³⁶². Il en va également ainsi des pratiques qui contreviennent aux règles relatives aux clauses de renégociation du prix des produits issus de l'agriculture et de la pêche, ainsi qu'aux modalités de la renégociation. L'amende administrative est, pour ces pratiques, d'un montant maximal identique³⁶³, ce montant pouvant être « doublé en cas de réitération du

³⁵⁸ Sur ce point, a disparu des conditions d'application du texte l'établissement de la dépendance économique de celui qui subit la pratique, mais la domination économique peut être un élément pris en compte dans la détermination de l'amende civile, v. par ex. : T. com. Meaux, 6 déc. 2011, et la confirmation par CA Paris, 20 nov. 2013, n°12/04791, précités ; T. com. Bobigny, 29 mai 2012, 8^{ème} ch., n°2009F01541 ; Sur cet arrêt, v. J.- L. Fourgoux, L. Djadavi : *op. cit.* ; N. Lajnef : *op. cit.* ; M. Ponsard : « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », CCC, 2013, dossier 4, spéc. n°24.

³⁵⁹ Les jugements contiennent parfois ce type de justifications, v. par ex. : T. com. Lille, 7 sept. 2011, n°2009/05105, précité, confirmé par CA Paris, 11 sept. 2013, n°11/17941.

³⁶⁰ Sur ce point, il est intéressant de constater les similitudes avec l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile, publié par la Chancellerie le 29 avr. 2016, et qui prévoit dans son art. 1266 que « lorsque l'auteur d'un dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile ». Les alinéas suivant précisent que l'amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, et ne peut être supérieure à deux millions d'euros ou au décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés, et à 10% du montant du chiffre d'affaires hors-taxes mondial de la personne morale.

³⁶¹ Ce type d'amende est parfois prévu pour d'autres pratiques, comme le fait de ne pas conclure la convention annuelle que prévoit l'art. L. 441-7 C. com.

³⁶² Art. L. 441-6, VI C. com. ; Après une brève distinction (entre le 19 mars 2014, entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2014 et le 20 juin 2014, entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014) entre les règles prévues par l'art. L. 441-6, I, al. 6 et s. (communication des conditions de règlement, délais maximaux de paiement, taux d'intérêt, indemnisation en cas de retard de paiement), soumises à une amende pénale, et les règles de l'art. L. 441-6, IV, soumises à une loi administrative, depuis la loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (art. 68), l'ensemble des règles relatives aux délais de paiement sont soumises aux mêmes sanctions, l'amende administrative, ce qui sanctionne plus lourdement les dispositions de l'article L. 441-6, I, al. 6.

³⁶³ Soit 75 000 € pour les personnes physiques et 375 000 € pour les personnes morales selon l'art L. 441-6, VI, et l'art. L. 441-8, al. 4 C. com.

manquement »³⁶⁴ dans les deux ans à compter de la décision constatant le premier. L'amende administrative n'est pas prononcée par un juge, mais ressort de la compétence exclusive de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes³⁶⁵, administration rattachée au Ministère de l'économie. Face à des pratiques passibles d'une amende administrative, cette administration dresse un procès-verbal³⁶⁶, puis doit informer l'auteur de la pratique qu'une sanction contre lui est envisagée. Celui-ci a ensuite soixante jours pour faire connaître sa position. Au terme de ce délai, l'administration peut prononcer l'amende par une décision motivée³⁶⁷. La contestation de l'auteur de la pratique est de nature administrative, et prend la forme d'un recours hiérarchique, devant le Ministre chargé de l'économie, ce qui a suscité des critiques, une partie « du droit des pratiques restrictives de concurrence étant en passe de devenir un droit administratif »³⁶⁸. Il faut en effet relever que le caractère non-juridictionnel est spécifique à cette amende administrative, puisque l'amende civile, comme l'amende pénale, sont des sanctions prononcées par une juridiction. Ces amendes administratives ont pris un essor en droit des pratiques restrictives de concurrence³⁶⁹, et leur contestation oblige les auteurs de pratiques à se conformer à la procédure administrative, avec laquelle ils peuvent être moins familiers. Il est possible de regretter cette incursion du droit des pratiques restrictives de concurrence en droit administratif, qui induit nécessairement un morcellement du contentieux³⁷⁰. Pour autant, ces sanctions peuvent répondre à un objectif de rapidité de la sanction et d'effet dissuasif³⁷¹, tout particulièrement en matière de délais de paiement où l'objectif est leur réduction, et de renégociation des prix des produits issus de l'agriculture et de la pêche, où les variations doivent également être rapidement prises en compte. De plus, l'ensemble du contentieux ne passe, à tout le moins pour l'instant, pas par une procédure administrative, étant donné que les pratiques sanctionnées d'une amende administrative sont relativement peu nombreuses. Dans ces situations, toutefois, c'est l'administration du Ministre de l'économie elle-même qui prononce les sanctions. Le juge

³⁶⁴ Art. L. 441-6, VI et L. 441-8, al. 4 C. com.

³⁶⁵ Art. L. 465-2, I C. com.

³⁶⁶ Art. L. 465-2, III C. com.

³⁶⁷ Art. L. 465-2, IV C. com.

³⁶⁸ M. Béhar-Touchais : « Le droit des pratiques restrictives est-il en passe de devenir du droit administratif ? », *Concurrences*, n°4/2013, p. 5-6.

³⁶⁹ Les amendes administratives dont il est question ici sont les premières qui soient prévues par le droit de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence, et elles ont été créées par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

³⁷⁰ Sur ce point, v. M. Béhar-Touchais : *op. cit.* ; C. Maréchal : « Le volet « concurrence » de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *CCC*, 2014, dossier 4, spéc. n°19.

³⁷¹ En matière de délais de paiement, sur ces objectifs poursuivis par le législateur qui prévoit une amende administrative, v. : A. Berg-Moussa : « Les apports de la loi Hamon en matière de délais de paiement », *JCP, E*, 2014, 1320, spéc. n°26.

retrouve toute sa place lorsque l'amende prévue à l'égard d'une pratique restrictive de concurrence est une amende de nature pénale.

391. Amende pénale. L'amende pénale est une sanction dont la fréquence, est inversement proportionnelle à l'essor des amendes civiles et administratives en droit des pratiques restrictives de concurrence. Les amendes civiles et administratives ont en effet peu à peu remplacé les amendes pénales qui étaient prévues pour un certain nombre de pratiques³⁷². Il demeure cependant un certain nombre de pratiques qui sont pénalement sanctionnées. Il en va ainsi de la revente à perte³⁷³. Parmi les clauses contractuelles qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, il semble qu'il n'y ait plus guère que la pratique des prix imposés qui soit sanctionnée par une amende pénale³⁷⁴. L'amende pénale devient ainsi relativement rare en droit des pratiques restrictives de concurrence, mais les principes qui la gouvernent ont été transposés par la jurisprudence en matière d'amende civile³⁷⁵, de sorte que sa disparition n'est pas totale. La matière va même au-delà, et emprunte également au droit pénal le système de sanctions qu'il prévoit pour les infractions, composé d'une sanction principale et de sanctions complémentaires, qui peuvent être prononcées par la juridiction saisie.

B. Les sanctions complémentaires et les mesures préventives pouvant être prononcées par la juridiction.

392. Sanctions complémentaires. Les sanctions complémentaires sont prévues par le droit pénal, pour certains crimes ou délits³⁷⁶. La dépenalisation du droit des pratiques restrictives de concurrence, opérée en 1986, n'a pas fait disparaître toute trace de droit pénal. Ainsi, pour les pratiques qui sont sanctionnées sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce, la juridiction saisie peut prononcer la « publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise »³⁷⁷, c'est-à-dire une mesure dont la vocation répressive et dissuasive ne fait guère de doute, identique à une

³⁷² V. par ex. : pour les pratiques relatives aux délais de paiement (Cf. *Supra*), qui étaient auparavant sanctionnées par l'article L. 441-6 C. com., qui prévoyait une amende pénale, abrogée et remplacée depuis la loi n°2014-344 par une amende administrative ; pour les pratiques relevant de l'article L. 442-6 C. com. qui étaient sanctionnées par une amende pénale avant 1986, et qui peuvent être sanctionnées d'une amende civile depuis la loi n°2001-420 du 15 mai 2001.

³⁷³ Art. L. 442-2 C. com., prévoyant une amende de 75 000 €.

³⁷⁴ Art. L. 442-5 C. com., prévoyant une amende de 15 000 €.

³⁷⁵ Cf. *Supra*, n°389.

³⁷⁶ Art. 131-10 C. pén. : « Lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs peines complémentaires qui, frappant les personnes physiques, emportent interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet, confiscation d'un animal, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ».

³⁷⁷ Art. L. 442-6, III, al. 3 C. com.

peine complémentaire du droit pénal. Pour les pratiques sanctionnées par une amende administrative, une disposition similaire existe, à ceci près que c'est l'administration qui prend la décision de la publication³⁷⁸. Cette sanction complémentaire participe de l'application aux pratiques restrictives de concurrence d'un régime identique, au mot près, à celui des pratiques anticoncurrentielles, puisque les décisions relatives à ces pratiques qui sont rendues par l'Autorité de la concurrence peuvent également faire l'objet de publication, diffusion ou affichage selon les modalités que l'Autorité précise³⁷⁹. Il est possible de voir cette mesure comme participant, comme l'action préventive de la CEPC, au développement de bonnes pratiques, par la stigmatisation de celles qui ont été sanctionnées, même si le stade de la prévention a été dépassé. Cependant, la juridiction saisie peut ordonner des mesures préventives, destinées à faire cesser les pratiques avant de statuer le fond.

393. Mesures préventives pouvant être prononcées en référé. En matière de pratiques restrictives de concurrence, le rôle préventif est attribué à la CEPC. Mais, le caractère non contraignant de ses avis et recommandations ne permet pas de faire cesser des pratiques restrictives de concurrence avant leur sanction par une juridiction. La problématique était en réalité déjà résolue puisque le législateur de 1986³⁸⁰ a prévu la possibilité de saisir le juge des référés, afin qu'il ordonne la cessation des pratiques, et les mesures provisoires nécessaires en attendant qu'il soit statué au fond³⁸¹. Un auteur a qualifié cette saisine de « référé-concurrence »³⁸², même s'il s'agit probablement davantage d'un « référé-pratiques restrictives de concurrence », dont la question de la spécificité par rapport aux référés que connaît le droit de la procédure civile s'est posée³⁸³, notamment sur le point de savoir s'il supposait une saisine de la juridiction au fond, condition qui n'est pas prévue en matière de procédure civile. La jurisprudence avait rapidement répondu à cette question, en estimant, contrairement à ce que le texte législatif laissait penser³⁸⁴, que l'introduction d'une action au fond n'était pas nécessaire et en rappelant la soumission de ce référé aux conditions de droit de la procédure civile³⁸⁵. Pour

³⁷⁸ Art. L. 465-2, V C. com.

³⁷⁹ Art. L. 464-2, al. 5 C. com., dont il convient d'observer la rédaction identique à l'art. L. 442-6, III, al. 3 C. com. ; la mesure étant prévue en matière de pratiques anticoncurrentielles depuis l'ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence (art. 13, qui donne cette faculté au Conseil de la concurrence), et en matière de pratique restrictive de concurrence, depuis la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (art. 93).

³⁸⁰ Ord. 86-1243 du 1^{er} déc. 1986, précitée, art. 36.

³⁸¹ Art. L. 442-6, III, al. 6 C. com.

³⁸² M. Mauraie : « Le référé-concurrence », JCP, G, 1993, I, 3637.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ Sur ce point, v. M. Mauraie : *op. cit.*, n°25 et s. où l'auteur pointe du doigt la rédaction du texte : « le président de la juridiction saisie peut, en référé, enjoindre la cessation des agissements ».

³⁸⁵ Cass. com., 17 juil. 1990, n°89-14.119, Bull. civ., IV, n°220.

mettre fin à tout débat, le législateur a modifié la rédaction du texte en donnant compétence au juge des référés pour ordonner la cessation des pratiques ou d'autres mesures provisoires, en lieu et place de la compétence du président de la juridiction saisie³⁸⁶. L'attribution de la compétence au juge des référés devait également lever les doutes subsistants sur la spécificité éventuelle du référé prévu en matière de pratiques restrictives de concurrence. Ce référé n'est pas différent des référés prévus par le Code de procédure civile³⁸⁷, et le fait qu'il vise à faire cesser les pratiques et à ordonner toute autre mesure provisoire, peut entrer dans les dispositions du droit commun, où le référé permet au président du Tribunal de grande instance de prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite³⁸⁸. Le prononcé de mesures conservatoires est également prévu en matière de pratiques anticoncurrentielles, où l'Autorité de la concurrence peut prendre ces mesures³⁸⁹, de même que le juge des référés³⁹⁰. Ce point commun entre le traitement des pratiques anticoncurrentielles et les pratiques restrictives de concurrence vient parachever le régime répressif des pratiques restrictives de concurrence, dont la cessation peut être ordonnée sans nécessité d'engagement d'une action au fond, et par conséquent sans nécessité de démonstration d'un préjudice, si la pratique n'en a pas, ou pas encore causé.

394. Conclusion du paragraphe. La dépénalisation du droit des pratiques restrictives de concurrence ne s'est pas faite sans laisser quelques fragments de droit pénal, dont la relative importance conduit à parler d'une véritable répression de ces pratiques, par des peines d'amende, même si trois natures différentes d'amendes coexistent désormais en la matière, mais aussi par la possibilité de prononcer une sanction complémentaire de publication du jugement. Quelques fragments de la répression des pratiques peuvent être vus comme ne ressortissant pas de la matière pénale, comme les demandes civiles qui peuvent être effectuées par le Ministre chargé de l'économie ou le ministère public, en cessation des pratiques, en répétition de l'indu, ou encore en réparation des préjudices causés, ou comme les mesures qui peuvent être prononcées par le juge des référés. Mais, l'ensemble des mesures qui participent de la répression des pratiques restrictives de concurrence apparaît calqué sur les mesures qui peuvent être prononcées en matière de pratiques anticoncurrentielles, qui peuvent être sanctionnées par une peine d'amende pénale, qui pareillement peut être libellée en fonction

³⁸⁶ La modification a été opérée par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (art. 56).

³⁸⁷ Art. 808 et s. C. proc. civ.

³⁸⁸ Art. 809 C. proc. civ.

³⁸⁹ Art. L. 464-1 C. com., la possibilité existant depuis l'ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 précitée, art. 12.

³⁹⁰ Cass. com., 1^{er} mars 1994, n°92-12.124, Bull. civ., IV, n°91.

d'un pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise³⁹¹, et peuvent faire l'objet d'une mesure de référé, et pour lesquelles la décision prise par l'Autorité de la concurrence peut être publiée. L'emprunt au régime des pratiques anticoncurrentielles transparait, en matière de répression des pratiques, de manière tangible.

395. Conclusion de la section. Au terme de ces développements, nombre d'aspects du régime des pratiques restrictives de concurrence apparaissent empruntés au droit des pratiques anticoncurrentielles, tant relativement à la diversité des acteurs capables d'agir face à ces pratiques, qu'au regard de la répression, organisée autour du prononcé d'amendes, de mesures de cessation des pratiques, ou encore de mesures destinées à en réparer les effets. L'application d'un régime identique à celui des pratiques anticoncurrentielles ne doit cependant pas faire oublier la spécificité du droit des pratiques restrictives de concurrence, qui sanctionne des pratiques sans qu'il soit nécessaire de constater un effet, même potentiel, sur un quelconque marché. Les aspects du régime des pratiques anticoncurrentielles relatifs à la caractérisation du marché pertinent ne se retrouvent donc pas en matière de pratiques restrictives de concurrence. Il n'en demeure pas moins que le régime prévu en matière de pratiques restrictives de concurrence donne le sentiment d'être parfois calqué sur celui des pratiques anticoncurrentielles, ce qui participe à mesurer l'ambivalence de la matière, hésitant entre application des sanctions de la concurrence déloyale, et application des sanctions résultant du droit des pratiques anticoncurrentielles.

396. Conclusion du Chapitre. L'étude du régime des pratiques anticoncurrentielles, et parmi celles-ci, des clauses qui sont qualifiées ainsi, permet de mesurer l'ambivalence de cette matière, qui ne parvient pas à trancher entre l'application de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique, comme en matière de concurrence déloyale, et application de mesures répressives, comme en matière de pratiques anticoncurrentielles. La coexistence de ces deux régimes a pour conséquence l'application de nombreuses sanctions, et l'intervention de nombreux acteurs, ce qui ne peut participer à dissiper les critiques doctrinales adressées au droit des pratiques restrictives de concurrence³⁹², et notamment celle qui consiste à considérer que cette matière n'a pas pleinement sa place au sein du droit de la concurrence, ce dernier étant conçu comme un droit visant à la protection du marché. Pourtant, le droit de la concurrence est en mesure d'aller au-delà de la simple protection du marché, en ce qu'il prévoit

³⁹¹ Cf., en droit des pratiques restrictives de concurrence, pour les pratiques visées à l'art L. 442-6, loi n°2015-990 du 6 août 2015, précitée, art. 34, codifiée à l'art. L. 442-6, III C. com.; en matière de pratiques anticoncurrentielles, art. L. 464-2, I, al. 4 C. com.

³⁹² Sur celles-ci, Cf. *Supra*, n°22.

des règles relatives à la concurrence déloyale, à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence. Au-delà de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, il convient alors d'analyser le résultat de cette contestation, afin de le confronter aux objectifs de la matière, et de se poser en filigrane la question de savoir si le droit des pratiques restrictives de concurrence peut perdurer comme une branche du droit de la concurrence, sans opter pour l'une ou l'autre des deux autres branches de ce droit, les pratiques anticoncurrentielles et la protection du marché, ou la concurrence déloyale et la protection de la loyauté dans la concurrence.

**CHAPITRE 2 : LE RESULTAT DE LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES
RESTRICTIVES DE CONCURRENCE COMME REFLET DE L'AMBIVALENCE DU DROIT DES
PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.**

397. La confrontation du résultat de la contestation à ses objectifs ou la sortie de l'hésitation du droit des pratiques restrictives de concurrence. L'étude des moyens et des résultats de la contestation des clauses, qui ont pour effet des pratiques restrictives de concurrence, a permis de prendre la mesure de l'hésitation du droit des pratiques restrictives de concurrence entre réparation et répression, soit en d'autres termes entre protection des professionnels victimes de pratiques et protection du marché¹. Il convient désormais de prendre la mesure du résultat global de la contestation de ces clauses. Le double objectif du droit des pratiques restrictives de concurrence doit être confronté aux résultats issus de la contestation des clauses qui ont pour effet des pratiques restrictives de concurrence. A travers celles-ci, il s'agit de mesurer l'hésitation de la matière entre son objectif de protection des professionnels, et son objectif plus général de protection du marché (Section 1). Prendre la mesure de cette hésitation implique également de se demander si un objectif ne prend pas, *in fine*, l'avantage, c'est-à-dire de se demander en quoi la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence participe de la lutte contre la déloyauté entre professionnels (Section 2).

SECTION 1 : L'HESITATION DE LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE ENTRE PROTECTION DU MARCHE ET PROTECTION DES PROFESSIONNELS.

398. Dualité d'objectifs. L'étude du régime de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence a permis de prendre la mesure de l'ambivalence de la matière, qui hésite entre le régime de la concurrence déloyale, avec en filigrane un objectif de protection d'un concurrent ou d'un professionnel, puisque celui-ci n'est pas nécessairement concurrent, ou le régime des pratiques anticoncurrentielles, avec un objectif de protection du marché, qui est poursuivi par cette matière. Empruntant tant à l'un qu'à l'autre, la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence paraît, de prime abord, remplir un double objectif de protection du marché et des professionnels. Il convient néanmoins de

¹ Sur l'ambivalence des objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence, v. : M. Chagny, B. Deffains : *Réparation des dommages concurrentiels*, Paris : Dalloz, coll. Hors collection, 2015, n°64.

vérifier si la contestation permet de remplir à la fois l'objectif de protection du marché (§1), et celui de protection des professionnels (§2).

§1 : La contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et l'objectif de protection du marché.

399. Objectif de protection du marché dans la contestation. Il est courant que soit conféré au droit des pratiques restrictives de concurrence un objectif de protection du marché, à l'identique de celui qui est conféré au droit des pratiques anticoncurrentielles. L'application de sanctions similaires va en ce sens, puisque le prononcé de peines d'amende et l'action d'autorités de l'Etat ne ressort pas exactement d'un strict litige privé. L'objectif de protection du marché appliqué au droit des pratiques restrictives de concurrence mérite d'abord d'être précisément cerné (A), pour ensuite s'apercevoir que cet objectif n'est pas atteint par la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence (B).

A. Protection du marché et pratiques restrictives de concurrence.

400. La traduction de l'objectif principal du droit des pratiques anticoncurrentielles. La protection du marché est le but du droit des pratiques anticoncurrentielles (1), et a été traduit en droit des pratiques restrictives de concurrence (2).

1. L'objectif de protection du marché en droit de la concurrence.

401. L'objectif de protection du marché en droit des pratiques anticoncurrentielles. L'objectif de protection du marché s'impose comme le principal objectif du droit des pratiques anticoncurrentielles², qui prohibe les pratiques qui ont un effet anticoncurrentiel sur un marché, au point que certains auteurs lui préfèrent le terme de « droit du marché »³ ou de « droit antitrust »⁴. Ces mêmes auteurs parlent, à l'égard du droit des pratiques anticoncurrentielles du « droit de la concurrence proprement dit »⁵, ou du « grand

² V. pour des auteurs qui le précisent : L. Arcelin-Lécuyer : *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, 2^{ème} éd., Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2013, n°25, où l'auteur expose que la protection du marché est l'objet du droit de la concurrence ; M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, 6^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2014, n°407 ; L. Vogel : *Traité de droit économique, T. 1 : Droit de la concurrence, droits européen et français*, Paris : LawLex, Bruxelles : Bruylant, 2015, n°1 ;

³ D. Mainguy, M. Depincé : *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis Litec, coll. Manuels, 2015, n°229 ;

⁴ D. Mainguy, M. Depincé : *op. cit., loc. cit.*

⁵ D. Mainguy, M. Depincé : *op. cit., loc. cit.*

droit de la concurrence »⁶. L'objectif parfois relevé de préservation du libre jeu de la concurrence participe d'une logique identique de la protection du marché⁷. Compte tenu de l'importance de cet objectif de protection du marché en droit des pratiques anticoncurrentielles, la tentation est grande de le transposer à l'ensemble du droit de la concurrence. C'est ainsi que le droit des pratiques restrictives de concurrence hérite d'un objectif qui lui était *a priori* étranger.

402. L'objectif de protection du marché en droit des pratiques restrictives de concurrence. L'objectif de protection du marché conféré au droit des pratiques restrictives de concurrence n'apparaît pas de prime abord, d'autant qu'il est souvent relevé que ces pratiques sont sanctionnées indépendamment de tout effet sur le marché⁸. Alors que certains auteurs considèrent que le droit des pratiques restrictives de concurrence ne correspond pas à l'objectif de protection du marché⁹, la doctrine favorable à l'avènement d'un droit du marché y inclut l'ensemble du droit de la concurrence¹⁰, et par conséquent le droit des pratiques restrictives de concurrence. L'inclusion du droit des pratiques restrictives de concurrence n'est cependant pas toujours réalisée au sein de la même partie du droit du marché, puisque certains auteurs estiment qu'elles relèvent des pratiques commerciales déloyales, et partant, du droit de la consommation¹¹, alors que d'autres estiment qu'elles font partie des règles relatives à la

⁶ Cf. Supra, n°22 ; V. not. : J.-C. Fourgoux : « La place du droit pénal dans l'administration de l'économie libérale : la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 », *Rev. de sc. crim.*, 1997 p.653 ; C. Lucas de Leyssac : « concurrence et compétition », *D.* 2004, p.1722 ; P. Arhel : *Rép. com. Dalloz, Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, 2015 ; D. Mainguy : « L'esprit et la lettre du nouvel article L.442-6 du Code de commerce », *JCP, E*, 2002, n°48, 1729, n°1.

⁷ J. Azéma : *Le droit français de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Thémis Droit, 1989, spéc. n°431 et s. ; A. Decocq, G. Decocq : *Droit de la concurrence, st interne et droit de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso éditions, coll. Manuel, 2014, n°1 ;

⁸ V. par ex. : D. Mainguy, M. Depincé : *op. cit.*, n°142-3 ; J. Mestre, M.- E. Pancrazi, I. Arnaud-Grossi, L. Merlan, N. Taliarino-Vignal : *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, 29^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso Editions, coll. Manuel, 2012, n°114.

⁹ A. Decocq, A. Decocq : *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso Editions, coll. Manuel, 2014, n°1 où les auteurs excluent les règles qui n'ont pas pour objectif la protection de la concurrence sur un marché de la définition du droit de la concurrence ;

¹⁰ Il convient de préciser que le droit de la concurrence et le droit de la consommation forment les principaux pans du droit du marché, sur ce point, v. par ex. : M. Chagny : « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D.*, 2011, p. 392, où l'auteur définit le droit du marché comme « l'ensemble des règles de concurrence et de consommation destinées à régir l'activité des opérateurs sur les différents marchés.

¹¹ V. : M. Chagny : « De l'assouplissement du régime des offres liées à l'avènement d'un droit du marché ? », *D.* 2009, p. 2561 ; « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ? Quels modèles pour un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ? », *in Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Evolution et perspectives*, dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 145-156 ; V. aussi, dans le même ouvrage : p.156-175, en faveur d'une réglementation unique des pratiques déloyales vis-à-vis des consommateurs et des professionnels, B. Keirsblick : « Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales « b2b » et « b2c » ? ».

domination, et partant du droit des pratiques anticoncurrentielles¹². Cette divergence dans le niveau d'intégration du droit des pratiques restrictives de concurrence au sein du droit du marché ne doit pas masquer le dénominateur commun de cette doctrine, qui tend à allouer au droit des pratiques restrictives de concurrence un objectif de protection du marché¹³, tout en cherchant à rattacher les pratiques restrictives de concurrence à un des pans du droit du marché. Cet objectif, qui n'apparaissait pas de manière évidente de prime abord, mérite pourtant une attention particulière, afin de savoir s'il faut le considérer comme l'un des objectifs des pratiques restrictives de concurrence. Cette partie du droit de la concurrence se distinguerait ainsi du reste de la matière par une pluralité d'objectifs, qui reprendrait l'objectif classique du droit de la concurrence, mais aussi des objectifs plus spécifiques comme le respect d'une certaine éthique des affaires¹⁴, ou la protection des petits professionnels¹⁵. L'objectif de protection du marché en droit des pratiques restrictives de concurrence se traduit en réalité également dans des objectifs plus précis.

2. La traduction de l'objectif de protection du marché en droit des pratiques restrictives de concurrence.

403. La protection du marché à travers un double objectif du droit des pratiques restrictives de concurrence. La doctrine¹⁶, lorsqu'elle évoque l'objectif de protection du marché en droit des pratiques restrictives de concurrence, met en évidence que ces pratiques peuvent être vues comme un des instruments de la protection du consommateur, mais démontre également que ces pratiques peuvent participer à la lutte contre la domination qui peut être

¹² V. : C. Lucas de Leyssac, G. Parléani : *Droit du marché*, Paris : PUF, coll. Thémis droit privé, 2002, spéc. p. 789 et s., et p. 933 et s. où les auteurs incluent certaines pratiques restrictives de concurrence aux règles protectrices du marché relatives à la dépendance, relevant la redondance des textes entre l'article L. 442-6 et l'article L. 420-2 du Code de commerce (p. 937).

¹³ J.- P. Pizzio, J. Lambert, B. de la Villéon : *Droit du marché commerce des produits et des services, France et CEE*, Paris : Dalloz, coll. Droit usuel, affaires, 1993, spéc. n°339 et s., les auteurs classant le droit de la concurrence (concurrence déloyale, pratique anticoncurrentielles, pratiques restrictives de concurrence et contrôle des concentrations) dans les « droits économiques assurant une fonction de régulation du marché (n°234) ; C. Lucas de Leyssac, G. Parléani : *op. cit., loc. cit.*, les auteurs démontrant également l'objectif de protection du marché du droit de la concurrence déloyale (p. 987 et s.) ; *Adde* : D. Ferrier, N. Ferrier : *Droit de la distribution*, 7^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, coll. Manuels, 2014, n°292, où l'auteur met en évidence la double finalité du droit des pratiques restrictives de concurrence, qui protège à la fois les opérateurs économiques, et le marché ; L. Vogel : « La dérive du droit de la rupture brutale des relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Germain*, Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 855-866, spéc. n°23, où l'auteur considère que malgré cet objectif de protection du marché, la rupture brutale des relations commerciales établies est « inadaptée aux réalités du marché ».

¹⁴ Cf. *Supra*, n°162.

¹⁵ Cf. *Supra*, n°163.

¹⁶ Cf. *Supra*, n°402.

exercée sur certains marchés par certains opérateurs. Ces deux objectifs s'imposent comme pouvant être analysés comme des objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence.

404. L'objectif de lutte contre la domination du droit des pratiques restrictives de concurrence. L'objectif de lutte contre les abus de domination du droit des pratiques restrictives de concurrence permet à cette partie du droit de la concurrence d'être rattachée au droit des pratiques anticoncurrentielles, via les prohibitions que cette matière édicte tant concernant l'abus de domination¹⁷, que l'abus de dépendance économique¹⁸. Textuellement, toute référence à la domination paraît pourtant avoir disparu du droit des pratiques restrictives de concurrence depuis 2008¹⁹. La lutte contre la domination relèverait aujourd'hui davantage de l'esprit de la législation, et plus précisément de son rattachement, même si la matière doit être vue comme ayant un champ d'application beaucoup plus large²⁰, aux relations entre la grande distribution et ses fournisseurs²¹, la grande distribution étant parfois dominante dans ces relations contractuelles²². Il est possible de voir en certaines pratiques restrictives de concurrence un moyen de combattre les abus de domination d'une partie à un contrat sur l'autre, ou de se prémunir contre un certain nombre de prérogatives contractuelles qui ne seraient accordées à une partie qu'en raison de sa situation de domination. En cela, le droit des pratiques restrictives de concurrence peut participer à la lutte contre la domination et partant, de l'objectif de protection du marché. Néanmoins, il faut reconnaître que cet objectif est moins mis en évidence aujourd'hui qu'il a pu l'être il y a une décennie²³. Aujourd'hui, il lui est préféré l'objectif de protection du consommateur.

¹⁷ Art. L. 420-2, al. 1 C. com.

¹⁸ Art. L. 420-2, al. 2 C. com.

¹⁹ V. par ex. entre la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 et la loi n°2008-776 du 4 août 2008, la prohibition, par l'article L. 442-6, I, 2°, b) du Code de commerce de l'abus de la relation de dépendance, ou de l'abus de puissance d'achat ou de vente, qui faisaient textuellement référence à la lutte contre la domination.

²⁰ En ce sens, v. : M.- D. Hagelsteen : La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, rapport remis au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et au secrétaire d'état chargé de la consommation, Paris : XO Editions, Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, 2008, p. 7.

²¹ Le droit des pratiques restrictives de concurrence est parfois vu comme l'instrument de la lutte contre les situations de domination entre grands distributeurs et fournisseurs, sur ce point, v. par ex. : J.- Y. Le Déaut : rapport d'information à l'Assemblée nationale du 11 janv. 2000 par la Commission de la production et des échanges sur l'évolution de la distribution, en conclusion des travaux d'une mission d'information présidée par J.- P. Charié, p. 118 et s., où les auteurs mettent en évidence des situations de dépendance des distributeurs, et p. 131, 135, où les auteurs proposent de remédier aux situations de dépendance via le droit des pratiques restrictives de concurrence.

²² Sur ce point, pour des données chiffrées, v. G. Canivet (sous la présidence de) : Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce, Paris : La Documentation française, 2004, spéc. p. 40 où les auteurs mettent en évidence la domination des grands distributeurs, et le caractère hétérogène des producteurs (p. 47 et s.).

²³ Cf. *Supra*, n°161 et s.

405. L'objectif de protection du consommateur du droit des pratiques restrictives de concurrence. L'objectif de protection du consommateur du droit des pratiques restrictives de concurrence permet à cette partie du droit de la concurrence d'être rattachée au droit de la consommation²⁴, par un raisonnement selon lequel les pratiques mises en place dans les relations entre professionnels peuvent avoir un effet sur le consommateur, en particulier sur le prix des produits²⁵, ou sur les pratiques commerciales déloyales qui peuvent être observées au détriment du consommateur pour le séduire. *Stricto sensu*, les dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence n'évoquent que rarement le consommateur²⁶, même s'il est évident que cette réglementation trouve à s'appliquer dans toutes les relations contractuelles qui peuvent exister entre la production d'un produit et sa proposition à la vente au consommateur, par exemple dans un magasin ou sur internet. Pourtant, le consommateur apparaît rapidement comme étant au centre des préoccupations du législateur, lorsqu'il légifère en matière de pratiques restrictives de concurrence²⁷, de sorte qu'il est possible de voir le droit des pratiques restrictives de concurrence comme participant de la protection du consommateur. Ce faisant, le droit des pratiques restrictives de concurrence prend part à un objectif de protection du marché, puisque les dispositions qu'il contient peuvent, en atteignant une pratique mise en œuvre entre professionnels, indirectement protéger le consommateur. Ainsi par exemple, la contestation par un professionnel d'une pratique consistant à se faire imposer, par un fournisseur, un prix minimal de revente²⁸ peut être analysée comme visant à protéger la liberté de chaque commerçant de fixer ses prix, fixation qui peut aboutir, dans le même temps, à protéger le consommateur en le faisant accéder à un produit ou à un service à un prix inférieur. De même, la contestation par un professionnel de la pratique qui consiste pour un

²⁴ Plus précisément aux pratiques commerciales déloyales, sur ce point, v. *Supra*, n°402.

²⁵ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°164 ; L'effet de la réglementation relative aux pratiques restrictives de concurrence sur les prix de vente au consommateur est régulièrement rappelé depuis la circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs (spéc. introduction) ; V. ainsi par ex. : J. Attali (sous la présidence de) : Rapport de la commission pour la libération de la croissance française, Paris : XO Editions, La Documentation française, 2008, p. 145, où les auteurs analysent la loi de 1996 et aboutissent à la conclusion qu'elle a contribué à une perte de pouvoir d'achat des consommateurs ; G. Canivet (sous la présidence de) : Restaurer la concurrence par les prix, rapport précité, dont le titre évoque les prix de vente au consommateurs, alors que le contenu analyse notamment l'efficacité du droit des pratiques restrictives de concurrence.

²⁶ V. toutefois : art. L. 442-2, texte de droit des pratiques restrictives de concurrence qui prohibe les ventes à primes faites aux consommateurs, et art. L. 442-2 qui prohibe la revente à perte, et trouve à s'appliquer en présence de consommateurs.

²⁷ Dans les lois récentes, v. par ex. : l'intitulé de la loi n°2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ; Plus généralement, le législateur légifère fréquemment en même temps, tant en matière de pratiques restrictives de concurrence qu'en matière de pratiques restrictives de concurrence, ainsi par ex. dans la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, en particulier dans le Titre II de cette loi, intitulé « mobiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance », et dont les deux premiers chapitres sont respectivement relatifs au « renforcement de la protection du consommateur » et à la « deuxième étape de la réforme des relations commerciales ».

²⁸ Pratique prohibée par l'art. L. 442-5 C. com. ; Sur cette pratique, Cf. *Infra*, n°408.

distributeur à refuser la mention de ses coordonnées sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque distributeur²⁹ peut être analysée comme participant de la protection du consommateur puisque cela vise à améliorer l'information de celui-ci.

Ainsi, le droit des pratiques restrictives de concurrence apparaît comme pouvant participer de la protection du consommateur, et partant, de la protection du marché. Pourtant, même si la doctrine reprend parfois l'objectif, il faut reconnaître que l'analyse peut laisser perplexe. En effet, si la contestation de certaines pratiques restrictives de concurrence aboutit à un résultat favorable au consommateur, en ce qu'il lui permet d'être mieux informé ou de bénéficier d'un prix de vente plus avantageux, il faut aussi relever que la majorité des pratiques ne permet pas d'atteindre cet objectif, ou si indirectement qu'il est difficile d'y voir un des objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence. Des pratiques restrictives de concurrence comme la rupture brutale des relations commerciales établies, le déséquilibre significatif, ou encore la non-communication des conditions générales de vente ne peuvent être vues comme ayant pour objectif la protection du consommateur. Quand bien même cette protection serait atteinte par la contestation de ces types de pratiques, il paraît difficile d'y voir la satisfaction d'un objectif essentiel du droit des pratiques restrictives de concurrence. L'analyse conduit donc à introduire une nuance, en ce que les pratiques restrictives de concurrence permettent parfois de protéger le consommateur, sans que cette protection ne puisse être vue comme un des objectifs principaux de la matière. En matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, le constat est plus net encore, puisque la protection du consommateur ne semble pas être un des résultats de la contestation de ces clauses.

B. Clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et protection du marché.

406. La protection du marché, objectif étranger à la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Un débat peut exister sur le point de savoir s'il faut accoler au droit des pratiques restrictives de concurrence un objectif de protection du marché, même si la matière sanctionne des pratiques indépendamment de la caractérisation de tout effet sur un marché, mais est beaucoup plus difficile en matière de contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Il faut néanmoins clairement distinguer entre deux types de clauses qui sont sanctionnées par le droit de la concurrence. D'une part, certaines clauses sont atteintes par le droit des pratiques restrictives

²⁹ Pratique prohibée par l'art. L. 442-6, I, 10° C. com.

de concurrence, mais d'autre part, d'autres clauses sont atteintes par le droit des pratiques anticoncurrentielles. La contestation de ces clauses, qui aboutit à leur qualification de pratique anticoncurrentielle, participe de l'objectif de protection du marché de cette matière (1), tandis que cet objectif est absent, concernant les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence (2).

1. L'objectif de protection du marché dans la contestation des clauses qualifiées de pratiques anticoncurrentielles.

407. La distinction entre les clauses qualifiées de pratiques anticoncurrentielles et les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Le droit de la concurrence sanctionne des clauses à la fois en ce qu'elles constituent des pratiques anticoncurrentielles ou en ce qu'elles constituent des pratiques restrictives de concurrence. L'écueil réside alors dans la confusion entre les deux branches du droit de la concurrence, qui peuvent entrer en application s'agissant d'un même contrat, mais relativement à des stipulations distinctes. En effet, il peut être séduisant de considérer que les « pratiques restrictives peuvent être appréhendées à la fois sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence et des pratiques anticoncurrentielles »³⁰. Pourtant, les clauses sanctionnées sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles le sont parce qu'elles participent à une telle pratique. Dans ce cas, il est indispensable de caractériser une atteinte au marché, puisqu'il s'agit de l'une des conditions de la sanction de la pratique³¹. La contestation de la clause sur ce fondement participe alors nécessairement de la protection du marché. La distinction entre les deux branches du droit de la concurrence laisse ainsi au droit des pratiques anticoncurrentielles la contestation des clauses qui portent atteinte au marché, et au droit des pratiques restrictives de concurrence celle des clauses qui sont sanctionnées par ses dispositions, sans caractérisation d'atteinte au marché, sans qu'il soit possible de considérer que les pratiques restrictives de concurrence sont, dans leur ensemble, qualifiables de pratiques anticoncurrentielles, même s'il peut exister un certain nombre de cas où la qualification n'apparaît pas nécessairement aisée, et où on peut hésiter entre l'une ou l'autre des qualifications.

408. Concours des qualifications. Il demeure cependant des situations où la distinction est plus complexe, puisqu'une pratique peut être à la fois vue comme une pratique

³⁰ G. Mallen : *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence, analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, thèse, préf. L. Arcelin-Lécuyer, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014, n°4 ; Sur ce point, Cf. *Supra*, n°369.

³¹ V. en ce sens, la démonstration de G. Mallen, *op. cit.*, n°475.

anticoncurrentielle, et comme une pratique restrictive de concurrence, comme par exemple l'imposition d'un prix minimal de revente. En effet, l'imposition d'un prix minimal de revente est sanctionnée en droit interne par le droit des pratiques restrictives de concurrence³². Mais, cette pratique est vue, en droit de l'Union européenne, comme une « restriction caractérisée » de concurrence, qualifiable d'entente, sans possibilité de bénéficier de l'exemption par catégorie du règlement du 20 avril 2010³³. Le concours de qualifications met à l'épreuve la distinction entre clauses qualifiées de pratiques anticoncurrentielles et clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, sans parvenir à la remettre en cause. En effet, rien n'empêche un législateur interne de prévoir la sanction d'une pratique indépendamment de tout effet sur le fonctionnement du marché, aux côtés de la sanction d'une pratique similaire lorsque celle-ci porte atteinte au fonctionnement du marché. Il s'agit précisément du cas de la pratique d'imposition d'un prix minimal de revente, même si la sanction, selon qu'elle relèvera de l'un ou de l'autre des régimes, pourra être différente. Le critère demeure la caractérisation de l'atteinte au marché. Si la preuve d'une telle atteinte est rapportée, la contestation pourra avoir lieu sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles, alors que dans le cas contraire, la contestation ne pourra avoir lieu que sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence³⁴. Il en va par ailleurs de même, s'agissant des autres clauses qui retirent le bénéfice de l'exemption prévue par le règlement dans le domaine des accords de distribution verticaux. Ainsi, il est concevable d'envisager une contestation d'une clause de non-concurrence sur l'un ou l'autre fondement. D'une part, si cette clause est d'une durée supérieure à cinq années par exemple, elle peut être contestée sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles³⁵, mais si elle est inférieure, elle peut être contestée sur le fondement des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties³⁶, sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence.

³² Cf. Art. L. 442-5 C. com.

³³ Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 4, a) : L'exemption prévue par le règlement ne s'applique pas aux accords qui ont pour objet « de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente » ; spéc. p. 20 :

³⁴ Cons. conc., avis n°04-A-14 relatif à une saisine du Syndicat national de l'équipement de bureau et de l'informatique, spéc. n°21 où le conseil constate « l'absence de restriction de concurrence causé par des contrats de distribution qui contiennent des clauses discriminatoires lorsque ces accords se limitent à régler les relations entre un fournisseur et son distributeur, sans affecter le fonctionnement du marché. Ces pratiques restrictives ne relèvent pas, alors, de la compétence du Conseil de la concurrence mais de celle des tribunaux judiciaires » ; V. aussi : G. Mallen : *op. cit.*, n°477.

³⁵ V. règlement 330/2010, art. 5, a).

³⁶ Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

409. La protection du marché échoit au droit des pratiques anticoncurrentielles.

La distinction étant posée, il appert que l'objectif de protection du marché ne peut être qu'étranger au droit des pratiques restrictives de concurrence. La contestation des clauses sur ce fondement ne peut donc atteindre un objectif de protection du marché, alors que celui-ci relève du droit des pratiques anticoncurrentielles.

2. L'absence d'objectif de protection du marché dans la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

410. L'indépendance de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence par rapport à la protection du marché. Les clauses qualifiées de pratiques anticoncurrentielles peuvent être vues comme participant de la protection du marché en ce qu'elles sont sanctionnées en cas d'atteinte réelle ou potentielle au marché. En revanche, les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, et contestées sur ce fondement, ne nécessitent aucune caractérisation d'un marché, ou d'une atteinte, même potentielle, sur celui-ci. Les pratiques qui sont sanctionnées par les pratiques restrictives de concurrence répondent à un autre objectif. Cela ne doit pas empêcher de se poser la question de savoir si l'objectif de protection du marché n'est pas atteint par la contestation des clauses qui sont sanctionnées sur ce fondement, soit en d'autres termes de savoir si la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ne contribue pas, à la manière de Monsieur Jourdain³⁷, sans que cela ne soit explicite, à la protection du marché. Cela a conduit certains auteurs à mettre en évidence dans un premier temps un objectif de lutte contre les abus de domination dans certaines dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence, puis un objectif de protection des consommateurs³⁸. Il semble cependant que la réponse doive être négative, et qu'il faille considérer que le droit des pratiques restrictives de concurrence « poursuit des fins différentes »³⁹ que le droit des pratiques anticoncurrentielles. Cela se vérifie en matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Ainsi, par exemple, un distributeur a été sanctionné pour avoir stipulé des clauses relatives à des ristournes de fin d'année dans des contrats avec des fournisseurs, qui les soumettaient à un déséquilibre

³⁷ Molière : *Le bourgeois gentilhomme*, Acte II, Scène 4.

³⁸ Cf. *Supra*, n°405.

³⁹ M.- D. Hagelsteen : La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, précité, p. 19, où les auteurs du rapport mettent en évidence la distinction entre les deux parties du droit de la concurrence et citent un certain nombre d'objectifs spécifiques au droit des pratiques restrictives de concurrence, comme la transparence, la loyauté, sans qu'une affectation de la concurrence ne soit indispensable.

significatif entre les droits et obligations des parties⁴⁰. Ces clauses ont été contestées par le Ministre chargé de l'économie⁴¹, sans qu'il ne soit possible de déceler un objectif de protection des consommateurs, ou plus généralement un objectif de protection d'un marché. Dans d'autres espèces, un autre distributeur a été sanctionné pour avoir mis en œuvre la pratique restrictive de concurrence de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties en raison de l'absence de réciprocité ou de contrepartie de certaines clauses stipulées dans les contrats qu'il a conclu avec des fournisseurs⁴². L'analyse de l'absence de réciprocité, de la disproportion, ou de l'absence de contrepartie réalisée par le juge s'agissant d'une ou plusieurs clauses d'un contrat, et son résultat, la caractérisation d'une clause qui met en œuvre une pratique restrictive de concurrence, ne vient, dans ces espèces, nullement satisfaire à un objectif de protection du marché. Il n'est d'ailleurs pas même question d'un quelconque marché dans les différentes décisions, mais simplement de l'étude d'un contrat conclu entre deux parties. Même de manière très implicite, l'objectif de protection du marché ne peut être vu que comme totalement étranger à la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Cette contestation, qui s'inscrit dans un cadre contractuel, et qui tend à démontrer l'existence d'un fait juridique au sein même d'une relation de nature contractuelle, répond à d'autres objectifs, le droit de la concurrence n'ayant pas un seul et unique but. Il demeure cependant une interrogation, puisque la jurisprudence considère que l'action du ministre chargé de l'économie est une « action autonome de protection du marché et de la concurrence », alors même que cette action est précisément celle prévue par la loi en matière de pratiques restrictives de concurrence.

411. La nature de l'action du ministre et l'indépendance de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence par rapport à l'objectif de protection du marché. L'action du ministre chargé de l'économie, fondée sur les dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence, a la nature d'une « action autonome de

⁴⁰ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 1^{er} juil. 2015, n°13/19251 ; RTD Com., 2015, p. 492, note M. Chagny ; AJCA, 2015, p. 435, note M. Chagny.

⁴¹ Sur l'action du ministre, cf. *Supra*, n°370.

⁴² V. not. : T. com. Lille, 6 janv. 2010, n°2009-05184 ; JCP E, 2010, act. 84, note J.- C. Grall ; CCC, 2010, comm. 71, note sous arr. N. Mathey ; D. 2010, p. 1000, note sous arr. J. Sénéchal ; RLC, 04-2010, n°23, p. 43-47, note M. Béhar-Touchais ; RDC, n°3-2010, p. 928, note M. Béhar-Touchais ; CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 1^{er} oct. 2014, n°13/16336 ; AJCA, 2014, p. 373, note J.- L. Fourgoux ; et, dans un autre contexte, celui de la radiophonie, où la Cour vérifie la même absence de contrepartie : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n°13/11059 ; AJCA, 2015, n°1, p. 39, note C. Pecnard, C. Tournaire ; sur ces deux arrêts, v. : M. Chagny : « Le déséquilibre significatif devant la Cour d'appel de Paris », RTD Com., 2014, p. 785.

protection du fonctionnement du marché et de la concurrence »⁴³. La formule de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, qui a surtout pour effet de justifier de ne pas tenir compte du consentement de l'ensemble des parties au contrat concerné⁴⁴, peut surprendre, alors même que la protection du marché et de la concurrence n'est pas un des objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence. Alors que la conformité de la disposition à la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales fut contestée⁴⁵ devant la Cour européenne des droits de l'Homme, cette juridiction a pu préciser la nature de l'action du ministre, en la qualifiant d'action en protection de l'ordre public⁴⁶, sans mentionner d'objectif de protection du marché, objectif qui avait été mis en évidence par le Conseil constitutionnel⁴⁷. Bien que les juridictions internes tendent parfois à mentionner l'objectif de protection du marché⁴⁸, il semble donc que la nature de l'action du ministre doit être détachée de cet objectif, et doit plutôt émaner de la défense de l'ordre public⁴⁹. L'indépendance du droit des pratiques restrictives de concurrence, même si les pratiques sont contestées par le Ministre chargé de l'économie, de l'objectif de protection du marché est ainsi complètement acquise. La

⁴³ Cass. com., 8 juil. 2008, n°07-16.761, Bull. civ., IV, n°143 ; D. 2008, p. 3046, note sous arr. M. Bandrac ; JCP, E, 2008, 2143, note sous arr. A. Ballot-Léna ; CCC, 2008, comm. 237, note sous arr. M. Malaurie-Vignal ; RLC, oct. 2008, n°17, p. 43-44, note M. Béhar-Touchais ; Concurrences, n°4-2008, p. 95, note D. Fasquelle et L. Roberval.

⁴⁴ Cf. Attendu de principe de l'arrêt précité, *in fine* : « action autonome de protection du fonctionnement marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ».

⁴⁵ Adde les débats sur la constitutionnalité et la conformité à la Convention de la disposition, et not. : A. Penneau : « La sanction civile des contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique (critique de l'article L. 442-6, III du Code de commerce et propositions », D. 2003, p. 1278 ; « L'article L. 442-6, III du Code de commerce en question », D. 2007, p. 2630 ; J. Raynard : « Pratiques restrictives de concurrence : l'action du ministre à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », Cah. dt. ent., 2007, dossier 14 ; « Le juge, le ministre et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III du Code de commerce », JCP, E, 2007, 1864 ; RLC, 07/2007, n°12, p. 33-37 : « Chronique d'une mort annoncée. A propos de l'action en nullité et en restitution de l'indu exercée par le ministre de l'économie », note CA Versailles, 5 mai 2007, n°05/09223 et CA Angers, 29 mai 2007, n°06/00563 [déclarant l'action du ministre irrecevable], M. Béhar-Touchais ; D. de Béchillon, C. Jamin : « La convention européenne des droits de l'homme au supermarché (de l'immixtion du ministre de l'économie dans la coopération commerciale) », D. 2007, p. 2113 ; V. aussi : C. Rougeau-Mauger : « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », RTD Com. 2010, p. 653.

⁴⁶ CEDH, 17 janv. 2012, n°51255/08, GALEC c. France : « Dans les circonstances visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce, le ministre agit avant tout en défense de l'ordre public économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs » ; JCP, G, 2012, 462, note sous arr. A.- M. Luciani ; CCC 2012, comm. 94, note M. Malaurie-Vignal ; RLC, 04-2012, n°31 p. 39-41, note M. Béhar-Touchais ; RDC, n°3/2012, p. 963, note J.- P. Marguénaud.

⁴⁷ Cons. const., déc. n°2011-126 QPC du 13 mai 2011 où l'objectif de défense de l'ordre public économique (not. considérants 5 et 9) permet à l'action du ministre d'être conforme à la Constitution, sous réserve de l'information des parties, condition qui sera censurée par la CEDH, dans son arrêt précité, où elle estime que l'information des parties n'est pas une condition de l'action, et que les parties non informées ne peuvent qu'obtenir réparation du préjudice qu'elle subissent du fait de l'absence d'information ; D. 2011, p. 1340, note E. Chevrier ; *Idem*, p. 1883, note C. Rougeau-Mauger ; JCP, G, 2011, 717, note sous arr. A.- M. Luciani ; CCC, 2011, comm. 159, note M. Malaurie-Vignal ; Concurrences, n°3-2011, p. 129-132, note M. Chagny.

⁴⁸ V. par ex. : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 1^{er} juil. 2015, n°13/19251, précité, spéc. p. 5 : Le Ministre « agit en défense de l'ordre public économique et pour la protection du fonctionnement du marché et de la concurrence afin de faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public ».

⁴⁹ Cf. déjà en ce sens : C. Rougeau-Mauger : *op. cit* ; sur ces points, v. aussi : *Supra*, n°371.

précision est d'autant plus importante en matière de clauses dont la qualification de pratiques restrictives de concurrence est demandée par le ministre en justice. L'action du ministre ne vise alors pas à la protection du marché ou à la protection de la concurrence, mais davantage à la protection de l'ordre public contre des pratiques que le législateur a sanctionnées.

412. Conclusion du paragraphe. La réponse à la question de savoir s'il existe un objectif de protection du marché à la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence tient en un double syllogisme. D'un côté, le droit des pratiques anticoncurrentielles a pour objectif la protection du marché. Or, certaines clauses contractuelles sont appréhendées sur ce fondement parce qu'elles mettent en place ou caractérisent une pratique anticoncurrentielle. Il est alors nécessaire de mettre en évidence le marché concerné. Donc, la contestation de ces clauses anticoncurrentielles relève de l'objectif de protection du marché. D'un autre côté, le droit des pratiques restrictives de concurrence ne peut être vu comme ayant pour objectif la protection du marché, même s'il peut indirectement parfois y participer. La caractérisation d'un marché n'est aucunement une condition d'application de ces dispositions. Les clauses contractuelles qui, sur ce fondement, sont requalifiées en pratiques restrictives de concurrence, et contestées ne peuvent donc pas relever de l'objectif de protection du marché. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, et en particulier la contestation, de clauses ainsi qualifiées est indépendant de la protection du marché, de sorte que le droit de la concurrence ne peut être vu comme ayant un unique objectif⁵⁰. La matière participe en effet, notamment par ses dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence, à la protection de professionnels.

§2 : La contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et l'objectif de protection des professionnels.

413. Objectif de protection des professionnels dans la contestation. La contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ne peut être vue comme participant de l'objectif de protection du marché, qui demeure l'objectif des seules pratiques anticoncurrentielles. Demeure la question de savoir si, à l'instar de la concurrence déloyale, le droit des pratiques restrictives de concurrence ne remplit pas un objectif de protection des professionnels (A), mais aussi de savoir en quoi cet objectif se traduit dans la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence (B).

⁵⁰ V. sur ce point : M.- D. Hagelsteen : La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, précité, p. 19.

A. Pratiques restrictives de concurrence et protection des professionnels.

414. La participation du droit des pratiques restrictives de concurrence à l'entreprise de protection des professionnels. Sur le modèle de la protection des consommateurs, certains auteurs font émerger un mouvement de protection des professionnels par le droit, via plusieurs de ses sources, notamment la loi et la jurisprudence. Après avoir mesuré la réalité et l'ampleur du mouvement de protection des professionnels (1), il conviendra de déterminer en quoi le droit des pratiques restrictives de concurrence peut être vu comme y prenant part (2).

1. Emergence de l'objectif de protection des professionnels.

415. La nécessité de protéger le professionnel. Sans forcément aller jusqu'à la protection qui est accordée aux consommateurs, une partie de la doctrine a mis en évidence la nécessité pour le droit de protéger les professionnels. Dans cette optique, les professionnels sont parfois qualifiés de « consommateurs comme les autres »⁵¹, de « contractants vulnérables »⁵², alors que certains auteurs paraissent davantage cantonner la protection à certains professionnels, notamment les « petits professionnels »⁵³. Quel que soit le qualificatif, cette doctrine a en commun de reconnaître le professionnel comme digne de protection par le droit. L'émergence d'une nécessité de protection globale et claire est relativement récente en doctrine, et trouve sa source dans le constat d'une protection des professionnels existante mais éparse, tiraillée entre droit commun et droit spécial, au contraire de la protection des consommateurs, qui paraît plus facile à appréhender. En effet, l'étude de quelques exemples de protection des professionnels suffit à mesurer que la législation en la matière est très éparse, prise au fur et à mesure et dénuée de logique d'ensemble. La protection qui est accordée par le droit aux professionnels semble dépendre principalement de la qualité dudit professionnel, de sorte que la loi protégerait certains professionnels par rapport à d'autres.

416. La protection de certains professionnels. La protection concerne certains professionnels dont le législateur considère que la qualité induit un besoin particulier d'être

⁵¹ D. Mazeaud : « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris : Dalloz, Coll. Etudes, mélanges travaux, 2013, p. 517 à 532.

⁵² S. Le Gac-Pech : « Bâtir un droit des contractants vulnérables », RTD Civ., 2014, p. 581, où l'auteur mentionne comme vulnérables certains professionnels ; Adde : *Les droits du contractant vulnérable*, colloque, Lille, Centre René Demogue du CRDP, dir. S. Le Gac-Pech, 10 mars 2015, Bruxelles : Larcier, coll. contrats et patrimoine, 2016.

⁵³ D. Voinot : « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris : Montchestien, Editions Lextenso, 2012, p. 565-578.

protégé. Le plus souvent, cette protection est accordée, au-delà de la qualité des professionnels, à des « petits professionnels »⁵⁴, c'est-à-dire qu'il est souvent possible de vérifier une volonté législative de protéger non seulement certains professionnels, mais surtout en priorité les professionnels de petite taille. Ainsi, a parfois été accordé à ces professionnels la protection du droit de la consommation, tant leur situation peut être semblable à celle d'un consommateur à l'occasion de la conclusion de certains contrats. Mais, la protection est également accordée aux professionnels qui sont locataires du lieu dans lequel ils exercent leur activité, aux exploitants agricoles, aux distributeurs, ainsi que, plus généralement, aux professionnels qui peuvent être vus comme dépendants.

417. La protection du professionnel par le droit de la consommation. Le paradoxe qui transparait de ce type de protection semble évident, tant le droit de la consommation protège *a priori*, plutôt le consommateur dans ses relations avec les professionnels, et non les professionnels dans leurs relations avec d'autres professionnels. La définition du consommateur, comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁵⁵ doit achever de convaincre en distillant l'idée selon laquelle si protection des professionnels il doit y avoir, celle-ci ne se trouve pas dans le Code de la consommation. Certes, il convient de ne pas remettre en cause la définition et les professionnels ne sont pas des consommateurs, mais la question qui se pose est plutôt celle de savoir si cela les empêche de recevoir la protection accordée par le droit de la consommation. En d'autres termes, de savoir si le droit de la consommation ne contient pas des dispositions qui protègent à la fois les consommateurs, mais aussi d'autres sujets de droit, parmi lesquels des professionnels. S'agissant de la lutte contre les clauses abusives⁵⁶, la réponse est assurément positive, puisque la loi française va au-delà de la protection requise par la directive de 1993⁵⁷, en accordant sa protection aux non-professionnels⁵⁸. Le non professionnel est une personne morale⁵⁹, non commerçante⁶⁰, qui agit

⁵⁴ D. Voinot : *op. cit.*, spéc. p. 573 et s.

⁵⁵ Art. liminaire C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301 : art. préliminaire C. conso.).

⁵⁶ Cf. *Supra*, n°212.

⁵⁷ Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs,

⁵⁸ L'art. L. 121-2 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 132-1 C. conso.) prohibe la stipulation de clauses abusives « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ».

⁵⁹ Il s'agit d'une jurisprudence constante : Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n°02-13.285, Bull. civ., I, n°135 a estimé, postérieurement à l'arrêt de 2001 de la CJCE, que « la notion distincte de non-professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives » ; D. 2005, p. 887, note C. Rondey ; P. Aff., 12 mai 2005, n°94, p. 12, note sous arr. D. Bert ; JCP, E, 2005, 769, note sous arr. D. Bakouche ; Cass., 1^{ère} civ., 23 juin 2011, n°10-30.645, Bull. civ., I, n°122 : « Les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels bénéficiant des dispositions [du Code de la consommation

« à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, artisanale, libérale ou agricole »⁶¹, et qui peut être vu comme un professionnel, même si, dans le contrat dont il est question, il sera qualifié de non-professionnel en raison du fait que le contrat n'a pas de rapport direct avec son activité professionnelle⁶², ce critère ayant été consacré par le législateur⁶³, ou de la différence de spécialité entre les deux professionnels⁶⁴. Le non-professionnel dont il est question en matière de lutte contre les clauses abusives peut ainsi être un professionnel, bénéficiant de la protection du droit de la consommation⁶⁵. La définition du consommateur n'empêche nullement le législateur d'étendre le champ d'application de certaines dispositions du droit de la consommation à d'autres sujets de droit que le consommateur, parmi lesquels les professionnels qui contractent pour des besoins qui ne sont pas en rapport direct avec leur activité. Il en va de même pour certaines pratiques commerciales réglementées⁶⁶, alors que d'autres sont expressément applicables aux professionnels, c'est-à-dire même lorsqu'ils

relatives aux clauses abusives] » ; Gaz. Pal., 1^{er} déc. 2011, n°335, p. 15, note S. Piedelièvre, *in* Chr. « Consommation » ; JCP, G, 2011, 1080, note sous arr. G. Paisant ; JCP, E, 2011, 1660, note sous arr. P. Lemay ; CCC, 2011, comm. 226, note sous arr. G. Raymond ; P. Aff., 30 sept. 2011, n°195, p. 14, note sous arr. N. Claude ; *Adde* : S. Tisseyre : « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », D., 2011, p. 2245.

⁶⁰ Les clauses conclues entre deux commerçants en relation professionnelles habituelles sont exclus du champ d'application des clauses abusives consuméristes, v. par ex. : Cass., com., 23 nov. 1999, n°96-21.869, Bull. civ., IV, n°210 ; JCP G, 2000, II, 10326, note sous arr. J.-P. Chazal ; CCC, 2000, comm. 40, note sous arr. L. Leveneur ; Cass., 1^{ère} civ., 22 mai 2002, n°99-16574, Bull. civ. I, n°143 ; sur cet arrêt, v. G. Paisant : « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct » », JCP, G, 2003, I, 121 ; *Adde* : Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2008, n°07-18.128 et Cass. com., 3 déc. 2013, n°12-26.416, qui refusent l'application du dispositif consommériste pour les contrats conclus entre sociétés commerciales, sans appliquer le critère du rapport direct (pour la Ch. civile), ou celui de la différence de spécialité (pour la ch. commerciale), alors même qu'il ne semblait pas y avoir de rapport direct avec l'activité professionnelle dans la première espèce, et que les professionnels étaient de spécialité différente dans la deuxième espèce. Il semble donc qu'il faille exclure les sociétés commerciales de la notion de non-professionnel.

⁶¹ Art. liminaire C. conso., tel que complété par l'ord. n°2016-301.

⁶² Le critère du rapport direct implique que la personne morale soit protégée par la disposition pour les « contrats n'ayant pas de rapport direct avec ses activités professionnelles » : Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n°92-18.227, Bull. civ., I, n°54 ; D. 1995, p. 229, note P. Delebecque ; *idem* p. 310, note J.- P. Pizzio ; *ibidem*, p. 327, note sous arr. G. Paisant ; JCP, G, 1995, I, 3893, n°38, note G. Viney, *in* Chr. « Responsabilité civile » ; Solution confirmée après l'arrêt de la CJCE de 2001 par Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, n°00-18.202, Bull. civ., I, n°78 ; JCP, G, 2002, II, 10123, note sous arr. G. Paisant ; CCC, 2002, comm. 118, note L. Leveneur ; Gaz. Pal., 19 avr. 2003, n°109, p. 24, note D. Guével.

⁶³ Cf. art. liminaire C. conso., précité.

⁶⁴ Le critère de la différence de spécialité a été employé, malgré un rapport direct, par Cass. com., 15 mai 2001, n°98-18.603, mais semble devoir être abandonné depuis l'adjonction d'une définition d'un non-professionnel par l'ord. n°2016-301, au sein de l'art. liminaire C. conso.

⁶⁵ V. *Contra* : D. Bert : *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, thèse, préf. X. Boubobza, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, coll. de thèses, 2011, n°270 et s., pour qui le non-professionnel ne peut pas être un professionnel, mais serait davantage celui qui se livre à une « activité patrimoniale ».

⁶⁶ V. ainsi par ex. : art. L. 121-85 C. conso. qui rend applicable aux non-professionnels les dispositions du Code de la consommation relatives aux contrats de services de communications électroniques (art. L. 121-83 et s. C. conso.) ; art. L. 121-86 C. conso. qui rend applicable à certains non-professionnels les dispositions relatives aux contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel (art. L. 121-87 et s. C. conso.) ; art. L. 121-113 C. conso. qui rend applicable aux non-professionnels les dispositions relatives aux contrats relatifs au gaz de pétrole liquéfié (art. L. 121-106 et s. C. conso.).

agissent dans le cadre de leur activité⁶⁷. La protection du professionnel, en particulier lorsqu'il agit pour des besoins qui n'entrent pas dans le cœur de son activité peut ainsi être assurée par certaines dispositions du droit de la consommation, lorsque celles-ci sont expressément applicables à d'autres sujets de droit que le seul consommateur. La protection du professionnel semble ainsi devoir passer par certaines dispositions du droit de la consommation dont il serait faux de penser qu'il est limité aux seuls rapports entre professionnels et consommateurs. Pour autant, cette matière ne doit pas être vue comme ayant le monopole de la protection des professionnels, et d'autres branches du droit recèlent également des dispositions qui peuvent être analysées comme protectrices de certains professionnels, comme par exemples ceux d'entre eux qui sont titulaires d'un bail commercial.

418. La protection du professionnel titulaire d'un bail commercial. Alors que la protection de certains professionnels par le droit de la consommation peut apparaître comme relativement récente, celle qui est accordée aux commerçants locataires du local dans lequel ils exercent leur activité peut être analysée comme l'une des premières protections du droit applicable exclusivement à des professionnels⁶⁸. L'objectif principal de cette réglementation est en effet de protéger le fonds de commerce du commerçant⁶⁹ ce qui induit par exemple une garantie du commerçant locataire contre le risque d'éviction du local en fin de bail. Outre une réglementation relative à la durée des baux commerciaux⁷⁰, il s'est agi de consacrer un droit au renouvellement du bail au profit du locataire⁷¹, pour que celui-ci soit en mesure de poursuivre l'exploitation de son fonds de commerce. De même, la réglementation tend à lutter contre les hausses de loyer trop marquées que le commerçant ne pourrait assumer⁷². La réglementation relative aux baux commerciaux permet ainsi une protection pour les professionnels qui entrent

⁶⁷ V. par ex. : art. L. 121-15.3 C. conso. qui rend applicable aux professionnels certaines dispositions relatives à la publicité (en particulier les obligations d'informations qui doivent y figurer) ; V. aussi l'applicabilité des dispositions relatives au surendettement à certains professionnels mise en évidence par D. Voinot : *op. cit.*, spéc. p. 576.

⁶⁸ Les dispositions actuelles relatives aux baux commerciaux datent en effet du décret n°53-960 du 30 sept. 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, et sont codifiées aux art. L. 145-1 et s. C. com. ; Certaines d'entre elles, et en particulier le droit au renouvellement du bail commercial sont plus anciennes, et datent d'une loi du 30 juin 1926.

⁶⁹ Cet objectif transparait chez de nombreux auteurs, V. par ex. : H. Kenfack, M. Pédamon : *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, 4^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Précis, 2015, n°359-360 ; G. Decocq, A. Ballot-Léna : *Droit commercial*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Hypercours, 2015, n°506.

⁷⁰ Art. L. 145-4 C. com., fixant la durée à neuf ans.

⁷¹ Art. L. 145-8 et s. C. com.

⁷² Art. L. 145-33, -37 et -39 C. com., prévoyant une révision régulière du loyer des baux commerciaux, en fonction de la variation de la valeur locative, sans que l'évolution ne puisse excéder l'évolution de l'indice trimestriel des loyers commerciaux, ou des loyers des activités tertiaires, ces évolutions devant être relativement douces pour le locataire.

dans le champ d'application de celle-ci. Certains professionnels peuvent néanmoins s'en remettre à d'autres dispositions pour être protégés, comme celles relatives à la dépendance.

419. La protection du professionnel économiquement dépendant. Outre la sanction, en droit des pratiques anticoncurrentielles, de l'abus de dépendance économique, au champ d'application relativement restreint⁷³, le droit accorde parfois sa protection au professionnel dépendant, sans que cette protection ne soit aussi aboutie que lorsqu'il le qualifie de consommateur, ou lorsqu'il est locataire de son local commercial par exemple, puisque cette protection est l'œuvre de la jurisprudence⁷⁴. Néanmoins, il ne faut certainement pas sous-estimer l'essor que va prendre cette protection sur le fondement du droit commun, à la faveur de la réforme du droit des obligations, de 2016⁷⁵. Le professionnel dépendant se trouve dès lors véritablement protégé par le droit, en ce qu'il sera en mesure de contester la validité des engagements qu'il a pris en raison de sa situation. La protection des professionnels dépendants peut ainsi être analysée aujourd'hui comme étant au stade embryonnaire, puisque le droit de la concurrence, qui s'apprête à être sur ce point, modifié⁷⁶, de par les conditions d'application de l'abus de dépendance économique⁷⁷, n'a pas permis la protection d'un grand nombre de professionnels, et que le droit commun réformé ne pourra être considéré comme accédant à cette fonction que lorsqu'il sera possible de mesurer les applications du texte par la jurisprudence. Au sein de ces professionnels dépendants, un certain nombre sont des distributeurs, qui peuvent d'ores et déjà se fonder sur d'autres dispositions pour faire valoir une protection.

⁷³ Cf. *Supra*, n°189 et s.

⁷⁴ V. pour une étude complète de la protection actuelle du professionnel dépendant, dans le domaine de la distribution, et pour d'intéressantes propositions d'interventions législatives en vue de renforcer cette protection : M. Le Bescond de Coatpont : *La dépendance des distributeurs*, th. dactyl., dir. G. Chantepie, Université de Lille, 2015, spéc. n°467 et s. et 990 et s.

⁷⁵ Art. 1143 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif » ; *Adde* : art. 1142 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publié par la Chancellerie, le 25 fév. 2015, qui prévoit, quant aux vices du consentement, que : « il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve une autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse ».

⁷⁶ Le législateur a récemment montré sa volonté de modifier le texte relatif à cette pratique, dans le but d'en augmenter les applications, v. sur ce point : Projet de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 28 avr. 2016.

⁷⁷ Comme pour toute pratique anticoncurrentielle, l'abus de dépendance économique suppose la caractérisation d'un marché pertinent, d'une atteinte à celui-ci, mais elle implique en outre la démonstration de la situation de dépendance économique, ainsi que celle d'un abus de cette dépendance par l'auteur présumé de la pratique.

420. La protection du professionnel distributeur. Pouvant parfois être considéré comme dépendant, le distributeur peut être vu comme un professionnel qui doit être protégé en raison de cette dépendance⁷⁸. Dans les situations où sa dépendance est avérée, il paraît en effet logique de le protéger contre les agissements de ceux qui tireraient profit de cette situation pour faire souscrire au distributeur des engagements qu'il ne prendrait pas dans une relation plus égalitaire avec son contractant. En allant au-delà de ces situations de dépendance dont il demeure possible de penser qu'elles ne caractérisent pas l'ensemble des relations de distribution, il est permis de penser que le professionnel distributeur peut ressentir le besoin d'une protection sans caractérisation d'une situation de dépendance. En effet, la réglementation de la distribution, notamment en ce qu'elle prévoit un certain nombre de contrats nommés, protège le distributeur contre certains agissements du fournisseur. Ainsi, le contrat de franchise, ou plus généralement, les contrats de distribution qui comportent une clause d'exclusivité sont soumis à un certain nombre de règles protectrices du distributeur⁷⁹. De même, la rupture du contrat d'agence commerciale est encadrée, ce qui permet une certaine protection de l'agent⁸⁰. Le distributeur peut donc apparaître, dans certaines situations, comme déjà protégé par des dispositions du droit, cette protection étant complétée par les dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence, puisque certaines des dispositions de ce droit paraissent particulièrement adaptées au secteur de la distribution, comme notamment la sanction de la rupture brutale des relations commerciales établies ou la soumission à un déséquilibre significatif⁸¹. Au-delà des distributeurs, le droit peut aussi être analysé comme accordant sa protection à certains fournisseurs, et en particulier lorsque ceux-ci sont agriculteurs, et sont amenés à contracter avec des grands distributeurs.

421. La protection du professionnel agriculteur. Les agriculteurs sont des professionnels qui méritent la protection du droit dans certaines situations, en particulier lorsqu'il s'agit pour eux de vendre leur production à des professionnels dont le but est de l'offrir aux consommateurs via la grande distribution. Depuis une dizaine d'années, le législateur est intervenu dans un objectif de protection *via* le droit des pratiques restrictives de concurrence, domaine qui contient par ailleurs des dispositions spécifiques relatives aux

⁷⁸ M. Le Bescond de Coatpont : *op. cit.*, spéc. n°988 et s.

⁷⁹ V. en particulier l'obligation d'information précontractuelle (art. L. 330-3 C. com.), et la réglementation relative aux clauses d'exclusivité (art. L. 330-1 et 2 C. com.).

⁸⁰ V. en particulier l'obligation d'observation d'une période de préavis (art. L. 134-11 C. com.), et l'obligation de versement d'une indemnité compensatrice du préjudice subi par la rupture (art. L. 134-12 C. com.).

⁸¹ Art. L. 442-6, I, 2° et 5° C. com.

produits périssables qui sont directement issus de l'agriculture⁸². Ainsi, une loi relative au développement des territoires ruraux a créé⁸³, dans un Chapitre relatif au « soutien des activités agricoles »⁸⁴, une disposition relative à la prohibition des rabais, remises, ristournes ou accords de coopération commerciale, pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, les animaux vifs ou les carcasses, ou les produits de la pêche ou de l'aquaculture, sauf s'ils sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur⁸⁵, contrat qui doit par ailleurs contenir des engagements quant aux volumes, et aux modalités de détermination du prix⁸⁶. Ces dispositions ont ensuite été complétées, à la faveur d'une loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche⁸⁷, par la même prohibition, mais non assortie de l'exception s'agissant des fruits et légumes frais⁸⁸. Lorsqu'il négocie et conclut des contrats avec les distributeurs, l'exploitant agricole est ainsi davantage protégé que d'autres fournisseurs, en ce que l'obtention, par le distributeur, de rabais, remises, ristournes ou accords de coopération commerciale se trouvent être davantage encadrés, et même limités. Toujours dans l'objectif de préserver les prix de vente des agriculteurs, une disposition spécifique sanctionne au titre des pratiques restrictives de concurrence le fait d'exiger, pour un distributeur, des prix de cession abusivement bas en situation de crise conjoncturelle⁸⁹, ou de forte hausse du coût des matières premières agricoles, pour les produits issus de l'agriculture, ou de la première transformation de ces produits⁹⁰. La législation qui permet la protection des professionnels agriculteurs, dans leurs relations contractuelles avec les distributeurs tend à s'étendre, et a été insérée une disposition qui rend obligatoire une clause de renégociation des prix en cas de fluctuation du prix des matières premières agricoles dans les contrats portant sur les mêmes produits agricoles que ceux mentionnés relativement aux rabais, remises et

⁸² Certaines règles contenues dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce s'appliquent en effet spécifiquement à la vente de produits issus directement de l'agriculture (non transformés), comme par exemple les fruits et légumes frais. V. par ex. les règles relatives à la publicité de ces produits, art. L. 441-2, I C. com. ; les règles relatives à la traçabilité des fruits et légumes frais, art. L. 441-3-1 C. com. ; Il convient de ne pas confondre ces règles qui peuvent être vues comme protégeant indirectement les agriculteurs, avec celles qui les protègent de manière plus directe, en particulier dans le cadre de la négociation et de la conclusion de contrats avec des distributeurs.

⁸³ Loi n°2005-157 du 23 fév. 2005 relative au développement des territoires ruraux, art. 33.

⁸⁴ Cf. intitulé du Chapitre III du Titre 1^{er}, relatif aux dispositions relatives au développement des activités économiques.

⁸⁵ Art. L. 441-2-1 C. com.

⁸⁶ Art. L. 441-2-1, al. 2. C. com.

⁸⁷ Loi n°2010-874 du 27 juil. 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche, art. 14.

⁸⁸ Art. L. 441-2-2 C. com., qui prévoit toutefois, depuis une loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, une possibilité de réfaction tarifaire en cas de non-conformité des produits si a été conclu un accord par des organisations interprofessionnelles reconnues sur le fondement des dispositions du Code rural et de la pêche maritime (al. 2).

⁸⁹ Art. L. 442-9 al. 1^{er} C. com. ; disposition issue de la loi précitée de 2005, art. 34.

⁹⁰ Art. L. 442-9 C. com., disposition issue de la loi n°2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, art. 5.

ristournes⁹¹. Le législateur ne s'est d'ailleurs pas seulement contenté de rendre cette clause de renégociation obligatoire sous peine de sanctions administratives⁹², mais il en a également défini précisément le contenu, ainsi que les conditions et les modalités de mise en œuvre⁹³. Le législateur a ainsi marqué sa volonté de protéger les exploitants agricoles qui font face à des fluctuations du prix des matières premières agricoles sans nécessairement pouvoir les répercuter lorsqu'ils vendent leur production à des distributeurs. Il s'ensuivait des situations dans lesquelles certains agriculteurs vendaient leur production à des distributeurs sans parvenir à couvrir les coûts des matières premières utilisées lors de la culture ou de l'élevage de cette production. Désormais, l'obligation de renégociation doit permettre au distributeur de prendre en considération les coûts des matières premières si ceux-ci augmentent, mais aussi si ceux-ci baissent, la clause étant obligatoirement prévue à double sens, ce qui permet potentiellement à chaque partie d'avoir intérêt à en demander l'application. Il n'en demeure pas moins que l'objectif est la protection des agriculteurs, dans les relations qu'ils entretiennent avec les distributeurs, principal débouché pour la vente de leur production. Grâce à ces dispositions relatives à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence dans les relations entre les agriculteurs et les distributeurs, il est possible de mesurer la préoccupation du législateur pour accorder une protection aux fournisseurs que sont les agriculteurs.

422. Objectif de protection de certains professionnels. Par ces exemples, il est possible de mesurer la préoccupation du législateur pour la protection de certains professionnels. La distinction s'opère alors selon leur qualité. L'objectif de protection des professionnels peut aussi apparaître comme en plein essor dans les préoccupations du législateur, notamment à travers les dispositions relatives aux agriculteurs, qui sont relativement récentes, ou aux modifications à venir quant aux professionnels qui sont en situation de dépendance face à un contractant. Le souci de protection des professionnels se vérifie également dans la protection des professionnels par le droit dans certaines phases de son activité.

423. La protection de tous les professionnels. Lorsque le droit s'attache à certaines phases de l'activité des professionnels pour leur accorder sa protection, il ne distingue plus nécessairement selon leur qualité. Il s'agit alors de protéger l'ensemble des professionnels, ou une part significative d'entre eux. Cette protection des professionnels, notamment au travers du

⁹¹ Art. L. 441-8 C. com., inséré par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, art. 125, II ; Sur cette clause, Cf. *Supra*, n°301, et plus généralement, sur la prise en compte de l'imprévision, n°287 et s.

⁹² Art. L. 441-8, al. 4 C. com.

⁹³ Art. L. 441-8, al. 2 et 3.

droit des entreprises en difficulté, ou à travers la concurrence déloyale, peut apparaître plus ancienne que la protection que le droit leur accorde en raison de leur qualité, mais il ne faut probablement pas sous-estimer son importance, et garder à l'esprit que les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence participent de cette protection qui ne distingue pas selon la qualité du professionnel. Ainsi, lorsqu'il éprouve des difficultés, l'activité du professionnel se trouve être protégée par le droit des entreprises en difficulté. Sans entrer dans le détail des dispositions de cette matière qui régit les relations entre un débiteur en difficultés et ses créanciers, il est possible de voir apparaître, dans certaines d'entre-elles, un véritable souci de protection du débiteur professionnel⁹⁴. La protection accordée par le droit ne se limite pas au seul débiteur, et concerne également le créancier qui doit faire face à la procédure collective de son débiteur⁹⁵, en particulier lorsqu'il a participé à la recherche d'une solution en amont. Il peut alors bénéficier par exemple du privilège de la conciliation⁹⁶. Outre cette phase particulière de l'activité du professionnel, celui-ci est protégé par le droit de la concurrence, contre les pratiques anticoncurrentielles que pourraient mettre en place d'autres professionnels agissant sur le même marché que lui, mais aussi contre les actes qui ressortissent à la qualification de concurrence déloyale. Le professionnel est aussi et surtout protégé, en droit de la concurrence, par les pratiques restrictives de concurrence. Cette matière répond à des objectifs différents du droit des pratiques anticoncurrentielles, qui protège avant tout le marché, et de la concurrence déloyale, qui permet la sanction de comportements déloyaux mis en place par des concurrents sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Parmi ces objectifs, celui de la protection des professionnels apparaît comme relativement important.

2. La place du droit des pratiques restrictives de concurrence dans la protection des professionnels.

424. La protection du professionnel contre les pratiques restrictives de concurrence. Le droit des pratiques restrictives de concurrence apparaît comme la branche du

⁹⁴ Le droit des entreprises en difficulté prévoit ainsi que sont réputées non écrites les clauses qui ont pour objet ou pour effet de modifier les conditions des contrats en cours en raison de l'ouverture de d'une conciliation ou en cas de mandat ad hoc (art. L. 611-16 C. com.) ; Qu'aucun contrat ne peut être résilié du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde (art. L. 622-13 C. com.).

⁹⁵ Sur ce point, v. D. Voinot : « La protection du créancier dans l'Union européenne », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Paris : Litec : Dalloz, 2011, p. 301-316, spéc. n°21.

⁹⁶ Art. L. 611-11 C. com. prévoit en effet le cas où la conciliation ne suffit pas à assainir la situation du débiteur et où doit s'ouvrir une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, et accorde un privilège au créancier qui, en situation de conciliation, a consenti à un apport en trésorerie ou a fourni un bien ou un service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise.

droit qui permet la protection d'un grand nombre de professionnels, lors de l'accomplissement de certains actes de la vie des affaires. Les règles relatives à la transparence, qui sont sanctionnées sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence⁹⁷ contiennent ainsi nombre de dispositions protectrices des professionnels⁹⁸. Il est par exemple obligatoire de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur, afin que celui-ci puisse avoir l'ensemble des informations utiles avant même de souscrire un contrat⁹⁹, contrat qui doit obligatoirement être écrit et contenir un certain nombre de mentions obligatoires¹⁰⁰. Ces dispositions relatives à la transparence peuvent être vues comme protégeant le professionnel, à l'occasion des contrats qu'il peut conclure pour vendre sa production à des distributeurs, puisqu'il est indispensable de poser les conditions générales de l'opération avant la conclusion des contrats, et que lesdits contrats se doivent de comporter tous les éléments de la négociation commerciale qui a eu lieu sur la base des conditions générales de vente. Au-delà de la période précontractuelle, la conclusion¹⁰¹, l'exécution¹⁰², et même la rupture du contrat¹⁰³ se trouvent réglementées par les pratiques restrictives de concurrence.

425. L'objectif de protection des professionnels du droit des pratiques restrictives de concurrence. La recherche de l'objectif d'une branche du droit impose de regarder quelles sont les raisons qui ont conduit le législateur à prendre ces règles. Le droit des pratiques restrictives de concurrence est une matière relativement récente, et l'objectif de protection des professionnels apparaît plus nettement lors de l'essor qu'a pris cette matière depuis une vingtaine d'années. La protection de certains professionnels apparaît assez nettement dans certains rapports qui ont précédé l'adoption des lois dans ce domaine¹⁰⁴, et parfois, dans les lois

⁹⁷ Cf. art. L. 442-6, I, 9° C. com.

⁹⁸ Il faut néanmoins préciser que les professionnels qui sont protégés par ces dispositions sont limitativement énumérés, v. art. L. 441-6, I, C. com. qui limite son champ d'application à « tout producteur, prestataire des services, grossiste ou importateur ».

⁹⁹ Art. L. 441-6 C. com.

¹⁰⁰ Art. L. 441-7 C. com., le texte limitant son champ d'application aux relations entre les fournisseurs et les distributeurs.

¹⁰¹ V. par ex. : art. L. 442-6, I, 1° C. com. ; 2° ; 3° ; 4°.

¹⁰² V. par ex. : art. L. 442-6, I, 2° C. com., 6°, 8°, 12°, et L. 442-6, II.

¹⁰³ V. par ex. : art. L. 442-6, I, 5° C. com.

¹⁰⁴ G. Canivet : *Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports entre industrie et commerce*, Paris : La Documentation française, coll. des rapports officiels, 2004, spéc. p. 64 où les auteurs démontrent que la loi de 1996 n'a pas accédé à la protection des petits commerçants ; p. 75, où les auteurs mettent la protection des PME dans les impératifs à prendre en compte dans la loi ; p. 98, où les auteurs attribuent à une concurrence déloyale réformée des objectifs de protection des concurrents, et des entreprises qui n'agissent pas sur le même marché ; M.-D. Hagelsteen (sous la présidence de) : *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, rapport remis au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et au secrétaire d'état chargé de la consommation, Paris : XO Editions, Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, 2008, spéc. p. 23 où les auteurs analysent l'article L. 442-6 du Code de commerce comme un texte qui prévoit des protections ; Sur ce rapport, et en particulier sur sa dimension protectrice des petits fournisseurs, v. : M. Béhar-

elles-mêmes¹⁰⁵. Il est également relevé en doctrine¹⁰⁶. L'objectif de protection du droit des pratiques restrictives de concurrence réside encore dans certaines décisions jurisprudentielles¹⁰⁷, ou encore dans le soin que le législateur a pris de permettre à différents

Touchais : « Le séisme tranquille du « Rapport Hagelsteen » (à propos de la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente », RLC, avr. 2008, n°15, p.29-32, spéc. p. 32.

¹⁰⁵ Il n'est pas rare de voir disparaître, dans les intitulées de certaines lois ou parties de lois qui sont intervenues dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence, un objectif de protection de certains professionnels, notamment par exemple lorsque celles-ci se donnent pour titre « la loyauté et l'équilibre des relations commerciales » (cf. loi n°96-588 du 1^{er} juil. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales), lorsqu'elles sont en « faveur des petites et moyennes entreprises » (cf. loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises).

¹⁰⁶ V. : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. Préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, spéc. n°796 et s. où l'auteur, après avoir démontré que le droit des pratiques anticoncurrentielles ne protège les professionnels que de manière incidente, évoque le droit des pratiques restrictives de concurrence qui prévoit des dispositions protectrices des professionnels et des contractants, pour estimer *in fine* qu'il s'agit « d'assigner au droit de la concurrence un rôle qui n'est pas le sien » (n°802), et proposer d'attribuer la protection des contractants au droit des obligations (n°854 et s.) ; R.- M. Zang-Ndong : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation contractuelle*, th. dactyl. Université de Lille II, dir. E. Blary-Clément, 2014, spéc. p. 7, même s'il faut noter que l'auteur estime que cet objectif de protection ne fait pas partie des objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence, dont l'objectif principal est « l'intérêt général économique » (p. 219-220) ; D. Mainguy, M. Depincé : *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis-Litec, coll. Manuels, 2015, n°142 où les auteurs qualifient les règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence de « règles organisant la protection des opérateurs » ; M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, 6^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2014, spéc. p. 101 et n°240 où l'auteur estime que les règles du droit des pratiques restrictives de concurrence sont destinées à protéger le contractant ; D. Houtcieff : *Droit commercial*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2011, n°1116 ; L. Nicolas-Vullierme : *Droit de la concurrence, théorie et pratique*, 2^{ème} éd., Paris : Vuibert, Coll. Dyna'sup Série droit, 2011, n°365 ; M. Chagny, B. Deffains : *Réparation des dommages concurrentiels*, Paris : Dalloz, coll. Hors collection, 2015, n°65 où les auteurs estiment qu'il convient de voir dans le droit des pratiques restrictives de concurrence des règles qui protègent l'ordre public économique, ce qui « ne fait pas obstacle à ce que les règles du Titre IV participent aussi à la protection de la partie faible et permettent un rééquilibrage des relations contractuelles » ; L. Vogel : « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Rev. conc. conso.* 2000, n° 155, p. 7, où l'auteur estime que ces règles sont « étrangères aux finalités économiques du droit de la concurrence et visent à assurer la protection des contractants » ; J.-C. Fourgoux : « Inutilité du droit interne de la concurrence », *RJ com.* 1989, p. 145 ; G. Cerutti : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence » in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : évolutions et perspectives*, colloque, 2006, Paris, Association Française d'Etude de la concurrence, Cour de cassation, Conseil de la concurrence, DGCCRF, dir. G. Canivet, et L. Idot, Paris : Litec, 2007, Coll. Colloques & débats, p. 101-107, spéc. p. 104-105, qui met en évidence l'apparition, postérieure à l'Ordonnance de 1986 de la dimension protectrice du droit des pratiques restrictives de concurrence pour le petit commerce, les PME ou encore les agriculteurs ; M. Béhar-Touchais : « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », in *Colloque*, La Rochelle, 2009 : *d'une réforme à l'autre : les mutations du droit de l'entreprise*, RLDA, 2/2010, n°46 où l'auteur définit le droit des pratiques restrictives de concurrence comme visant à la « protection d'intérêts catégoriels » ; M. Malaurie-Vignal : « Ethique des pratiques restrictives », in *La loyauté en droit de la concurrence et en droit de la consommation*, colloque, Paris, 2011, P. Aff., 24 nov. 2011, n°234, p. 14, spéc. n°8 ; D. Voinot : « Les petits professionnels », art. préc., spéc. p. 576 ; D. Mazeaud : « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », art. préc., en particulier relativement à une pratique restrictive de concurrence, celle du déséquilibre significatif ; *Adde, contra* : F. Riem : « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », RLC, 10/2009, n°21, p. 31-39, où l'auteur critique la définition du droit des pratiques restrictives de concurrence comme protégeant les concurrents, et non le marché, et où il propose une réécriture de l'article L. 442-6 du Code de commerce, en y consacrant la concurrence déloyale, pour aboutir à un texte « combinant la protection d'intérêts privés, d'intérêts collectifs et de l'intérêt général, celui du bon fonctionnement du marché ».

¹⁰⁷ Cons. conc., avis n°04-A-18 du 18 oct. 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Union Fédérale des consommateurs (UFC-Que Choisir) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la distribution non spécialisée, spéc. n°33 où le Conseil de la concurrence estime ne pas être compétent pour « protéger les intérêts particuliers d'une entreprise qui se trouverait en difficulté dans ses négociations commerciales ».

acteurs de lancer une action en cessation et en sanction de ces pratiques¹⁰⁸. L'action du ministre chargé de l'économie représente en effet une importante possibilité d'action pour les professionnels qui méritent la protection du droit des pratiques restrictives de concurrence, mais peuvent éprouver du mal à agir en justice contre ces pratiques, mises en œuvre par un partenaire économique. L'objectif de protection du droit des pratiques restrictives de concurrence semble bien établi, et la matière apparaît même comme étant celle qui recèle le plus grand nombre de dispositions protectrices des professionnels.

426. La prépondérance de la protection des professionnels en matière de pratiques restrictives de concurrence. Alors que certaines dispositions issues d'autres branches du droit peuvent apparaître comme protectrices de certains professionnels, le droit des pratiques restrictives de concurrence peut être vu comme la branche du droit qui contient le plus grand nombre de dispositions qui se veulent protectrices des professionnels. Ainsi, alors que la protection des professionnels tend à être une préoccupation du droit, il est possible de voir dans le droit des pratiques restrictives de concurrence une branche à l'avant-garde, qui a pu aller jusqu'à inspirer le droit commun, à la faveur de la réforme de celui-ci¹⁰⁹. Par un syllogisme logique, il serait possible d'attribuer à la contestation des clauses qui sont qualifiées de pratiques restrictives de concurrence un objectif de protection des professionnels, puisque ces clauses sont également contestées sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence, en tant que pratiques. Plus encore, l'étude de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence pourrait permettre de mettre à l'épreuve d'objectif de protection des professionnels de la matière, qui, souvent affirmé, ne demande qu'à être vérifié par l'application de ses dispositions.

B. Clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et protection des professionnels.

427. Annonce. La qualification de pratiques restrictives de concurrence de certaines clauses permet de mesurer en quoi les professionnels sont protégés contre ces stipulations dans les contrats qu'ils peuvent conclure. En matière de pratiques restrictives de concurrence qui

¹⁰⁸ Cf. art. L. 442-6, III C. com.

¹⁰⁹ Au sein des dispositions nouvelles, insérées dans le Code civil, par l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016, peuvent être vues comme protégeant certains professionnels (en particulier ceux d'entre eux qui ne relèvent pas du champ d'application du droit des pratiques restrictives de concurrence), l'art. 1143 qui assimile au vice de violence l'abus de l'état de dépendance d'une partie par rapport à une autre lui faisant obtenir un engagement qui n'aurait pas été souscrit en l'absence de la contrainte, en en tirant un avantage excessif ; art. 1171 relatif à la possibilité de réputer non écrites clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans les contrats d'adhésion, et qui ressemble à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

prennent la forme de clauses, il est possible d'observer une dichotomie entre les professionnels qui sont destinataires de la protection prévue par la loi (1), et les professionnels qui sont effectivement protégés, par des décisions jurisprudentielles (2).

1. Les professionnels destinataires de la protection issue de la qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence.

428. Protection des professionnels par la qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence. Lorsque le droit des pratiques restrictives de concurrence qualifie de pratique des clauses contractuelles, il semble évident que cela relève, tout comme les autres dispositions de la matière, de la protection des intérêts de certains professionnels, en l'occurrence, de contractants qui sont victimes de ces pratiques à l'occasion des contrats qu'ils ont conclu avec d'autres professionnels. Pour certains auteurs, l'objectif de protection des professionnels n'est plus à démontrer en matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, en particulier depuis que la loi sanctionne sur ce fondement la soumission d'un partenaire économique à un déséquilibre significatif¹¹⁰. Le débat ne doit pas se situer sur le terrain de la définition des objectifs de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, puisque ceux-ci ne peuvent pas être différents de ceux qui président à la matière des pratiques restrictives de concurrence toute entière, parmi lesquels il y a la protection des professionnels. En réalité, il convient davantage, s'agissant de ces clauses qualifiées de pratiques, de regarder en quoi cet objectif de protection des professionnels est atteint par la contestation de ces clauses.

Pour ce faire, il faut d'abord savoir quels sont les professionnels qui sont protégés par ces dispositions relatives à des clauses en droit des pratiques restrictives de concurrence. Sur ce point, la loi est silencieuse, ou plutôt ne limite pas sa protection à certaines catégories de professionnels, de sorte que le champ d'application des dispositions relatives aux clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence soit suffisamment large pour s'appliquer à des situations diverses¹¹¹. La doctrine, majoritairement désireuse d'avoir une idée plus précise de celui qui est protégé par rapport à l'autre dans un rapport contractuel¹¹², s'est quant à elle

¹¹⁰ Cf. : D. Voinot : *op. cit., loc. cit.* ; D. Mazeaud : *op. cit., loc. cit.* ; D. Ferrier et D. Ferré : « La réforme des pratiques commerciales », D. 2008, p. 2234, n°15 et s.

¹¹¹ Cf. *Supra*, n°233, s'agissant du déséquilibre significatif par exemple ; Sur ce point, V. aussi : H. Kenfack, M. Pédamon : *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, 4^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2015, n°628.

¹¹² V. *contra*, pour un auteur qui mentionne la protection du contractant via les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence, sans préciser quel contractant est visé comme devant bénéficier de cette protection : M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, précité, n°240 et s.

prononcée sur la qualification du professionnel protégé par ces dispositions, en le définissant par exemple comme « petit professionnel »¹¹³, comme « vulnérable »¹¹⁴, comme « faible »¹¹⁵, ou encore comme « dépendant »¹¹⁶. Finalement, le professionnel protégé type serait une petite ou une moyenne entreprise¹¹⁷, dans les contrats conclus avec des fournisseurs importants, ou avec des distributeurs qui représentent un débouché important, voire unique. La protection devrait encore être attribuée aux agriculteurs, lorsqu'ils vendent leur production, ou aux artisans, lorsqu'ils achètent des matières premières par exemple. La protection serait également accordée à des commerçants indépendants. Finalement, le terme qui semble le mieux résumer les destinataires de la protection offerte contre les clauses qui mettent en place des pratiques restrictives de concurrence serait le terme de « petit professionnel », puisque tous ne sont pas nécessairement en situation de faiblesse, ou dépendants, et que la vulnérabilité paraît proche d'une réunion de ces deux situations pour les systématiser au niveau du droit commun¹¹⁸. Ces

¹¹³ D. Voinot : *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁴ S. Le Gac-Pech : « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD Civ.*, 2014, p. 581, où l'auteur mentionne, parmi les « contractants vulnérables », le « professionnel victime de son partenaire commercial », avant de mentionner le droit des pratiques restrictives de concurrence comme « saisissant la vulnérabilité », notamment dans le secteur agricole ; *Adde* : *Les droits du contractant vulnérable*, colloque, Lille, 2015, dir. S. Le Gac-Pech, Bruxelles : Larcier, coll. Contrats et patrimoine, 2016.

¹¹⁵ R.- M. Zang-Ndong : *op. cit.*, *loc. cit.* ; G. Decocq, A. Ballot-Léna : *Droit commercial*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. HyperCours, 2015, n°620 où les auteurs notent que dans la loi, cette vision d'un contractant plus faible tend à être dépassée dans les derniers textes par une volonté législative de favoriser « la croissance et la baisse des prix à la consommation », v. aussi : n°627 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 1^{er} oct. 2014, n°13/16336, qui estime que « le législateur est intervenu en introduisant dans le code de commerce l'article L. 442-6 I pour protéger les fournisseurs, supposés en situation défavorable, sinon de faiblesse, dans la négociation commerciale avec les distributeurs » ; *RDC*, 2015, n°1, p. 67, note M. Béhar-Touchais.

¹¹⁶ M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, n°828 et s. ; spéc. n°834 ; où l'auteur, évoquant le droit des pratiques restrictives de concurrence, propose d'accorder une protection aux contractants professionnels sur le critère de la dépendance, même si son raisonnement conduit à fonder la protection sur le droit commun, et non sur le droit de la concurrence (n°915 et s.) ; *V. Contra* : M. Le Bescond de Coatpont : *La dépendance des distributeurs*, th. précitée, n°371 et s. où l'auteur démontre d'une manière convaincante que la dépendance n'est pas une condition d'application en droit des pratiques restrictives de concurrence, même si elle ressurgit parfois au moment de la sanction de telle ou telle pratique, dans la pratique juridictionnelle, ce qui est, selon l'auteur, facteur « d'incertitudes » (n°382) ; *Adde* : M.-A. Frison-Roche, M.- S. Payet : *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2006, n°461 et s., où les auteurs présentent les pratiques restrictives de concurrence qui s'inscrivent dans un contexte contractuel en précisant qu'elles « organisent un contrôle des relations de dépendance », affirmation qu'il convient toutefois de replacer dans le contexte de la législation de l'époque de la rédaction de l'ouvrage, qui prohibait, au sein de l'article L. 442-6 du Code de commerce, les abus de dépendance économique, prohibition qui, depuis, a disparu de ce texte.

¹¹⁷ D. Voinot : *op. cit.*, spéc. p. 565-566 où l'auteur précise que ces catégories sont de loin majoritaires chez les professionnels, les PME, définies comme comptant moins de 250 salariés, représentant, au sein de l'Union européenne, 99% de l'ensemble des entreprises (définition et statistique issues de la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 10 nov. 2005 : « Mise en œuvre du programme communautaire de Lisbonne – Une politique des PME moderne pour la croissance et l'emploi », COM (2005) 551 final).

¹¹⁸ Cf. : S. Le Gac-Pech : « Bâtir un droit des contractants vulnérables », précité, où l'auteur semble inclure dans la notion de contractant vulnérable « la faiblesse ou la dépendance ».

deux qualificatifs sont de plus juridiquement consacrés¹¹⁹, ce qui suppose de les démontrer, cette démonstration constituant l'ajout d'une condition à la loi, alors que celle-ci ne la prévoit pas. Au contraire, l'expression de petit professionnel présente l'avantage de rester suffisamment large pour englober l'ensemble des professionnels visés, sans faire peser sur eux le fardeau de la preuve d'une situation précise. Ainsi, le petit professionnel ne sera pas nécessairement dépendant d'un professionnel plus important, cette absence de dépendance ne l'empêchant nullement d'être protégé par le droit des pratiques restrictives de concurrence. Il ne sera pas non plus nécessairement en situation de faiblesse prouvée¹²⁰. L'objectif de protection des petits professionnels du droit des pratiques restrictives de concurrence transparaîtrait alors avec d'autant plus d'acuité en matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Il reste à vérifier si le résultat de la contestation de ces clauses parvient à remplir cet objectif, ou en d'autres termes si les professionnels qui ont été protégés à la suite d'une action en justice sont des petits professionnels.

2. Les professionnels protégés par la qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence.

429. Objectif de protection des professionnels en matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et résultats de la contestation. L'objectif de protection des professionnels doit, pour être atteint, être confronté aux résultats de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. En matière de pratiques restrictives de concurrence, un certain nombre de décisions jurisprudentielles permettent d'avoir une idée plus précise du type de professionnels sanctionnés pour avoir mis en place de telles pratiques, et par conséquent de ceux qui sont protégés contre ces pratiques. Pour ce faire, il est possible de prendre l'exemple de la pratique du déséquilibre significatif¹²¹, lorsque celle-ci conduit à la qualification de clauses contractuelles en pratique restrictive de

¹¹⁹ La faiblesse fait référence à l'abus de faiblesse, qui est sanctionné en droit de la consommation par l'art. L. 122-8 C. conso., et suppose la démonstration d'éléments particuliers comme la situation de faiblesse préexistante et connue du contractant ; la dépendance fait référence à feu la pratique restrictive de concurrence d'abus de dépendance économique, et à la pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique (art. L. 420-2 al. 2 C. com.), qui suppose la démonstration de plusieurs éléments précis, et en particulier celle de la situation de dépendance.

¹²⁰ V : D. Voinot : « Les petits professionnels », précité, où l'auteur mentionne parfois l'état de faiblesse présumé des petits professionnels (not. p. 566 et 573), ce qui paraît sous-entendre que cet état, s'il existe, n'a pas besoin d'être prouvé par le demandeur de la protection, et en particulier en matière de pratiques restrictives de concurrence, où les petits professionnels sont, selon l'auteur, protégés contre les « comportements déloyaux de leurs partenaires ».

¹²¹ Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

concurrence de déséquilibre significatif¹²². Des professionnels sont également protégés contre les clauses qui mettent en œuvre une pratique restrictive de concurrence sur le fondement d'autres pratiques.

430. Les professionnels protégés contre les clauses qualifiées de déséquilibres significatifs. Un certain nombre de décisions concernent les relations entre les grands distributeurs et leurs fournisseurs, et stigmatise, sur saisine du ministre chargé de l'économie, les clauses insérées dans des contrats-type, à l'initiative du distributeur, et au détriment des fournisseurs¹²³. Il ne fait alors guère de doute qu'ainsi appliquée, la pratique protège tous types de fournisseurs, sans considération de leur taille ou de leur vulnérabilité, et dans ces exemples, sans même que ces fournisseurs n'aient sollicité ladite protection. Dans d'autres espèces, des clauses ont été qualifiées de pratique restrictive de concurrence sur ce fondement sans intervention du ministre, mais plutôt sur demande de la partie qui souffre du déséquilibre¹²⁴. Il en est allé ainsi s'agissant d'une clause d'un règlement d'un groupement d'intérêt économique qui s'applique à ses membres¹²⁵. Plus précisément, le groupement permettait à des radios locales de cumuler leurs audiences afin d'accéder au marché national de la publicité. Lorsque

¹²² Soit, en d'autres termes, lorsque cette qualification est admise par les juges.

¹²³ V. : T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n°2009/02295, concernant les fournisseurs de Provera France, qui achète notamment pour Cora, décision confirmée en appel par CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, n°12-04791 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 4 juil. 2013, n°12/07651, concernant certains fournisseurs de EMC Distribution, centrale d'achat pour l'enseigne Casino ; CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n°11/17941, concernant certains fournisseurs de la société Eurachan ; CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 sept. 2013, n°12/03177 concernant certains fournisseurs de la Société coopérative Groupements d'achats des centres Leclerc ; CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n°12/00150, concernant également les fournisseurs de la Société coopérative Groupements d'achats des Centres Leclerc ; Sur ces arrêts, cf. J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du déséquilibre significatif », CCC, 2013, étude 14 ; Plus récemment, v. : T. com. Paris, 20 mai 2014, n°2013/070793, concernant également certains fournisseurs de la Société coopérative Groupements d'achats des centres Leclerc ; RDC, n°4-2014, p. 672, note M. Béhar-Touchais ; CA Paris, 1^{er} oct. 2014, Pôle 5, ch. 4, n°13/16336, concernant certains fournisseurs de Carrefour France ; RDC, n°1-2015, p. 67, note M. Béhar-Touchais ; CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 1^{er} juill. 2015, n°13/19251, concernant certains fournisseurs de la société coopérative Groupement d'achats des centres Leclerc, en l'espèce cités en annexe de l'arrêt au titre de la répartition de l'indu entre les 46 fournisseurs concernés ; AJCA, 2015, p. 435, note M. Chagny ; *Adde* : Cass., com., 3 mars 2015, n°13-27.525, Bull. civ., IV, n°42, et n°14-10.907 ; L'essentiel de droit des contrats, n°4-2015, p. 1, note N. Leblond ; AJCA, 2015, p. 218, note G. Chantepie ; D. 2015, p. 1021, note sous arr. F. Buy ; JCP, E, 2015, p. 1207, note sous arr. S. Le Gac-Pech ; CCC, 2015, comm. 115, note sous arr. N. Mathey ; RDC, n°3-2015, p. 523, note sous arr. M. Béhar-Touchais ; RTD Com., 2015, p. 486, note M. Chagny ; Cass., com., 27 mai 2015, n°14-11.387, à paraître au bulletin ; CCC, 2015, comm. 229, note sous arr. N. Mathey ; RTD Com., 2015, p. 486, note M. Chagny, précitée ; *idem* p. 578, note B. Bouloc ; RTD civ., 2015, p. 606, note H. Barbier ; AJCA, 2015, p. 379, note S. Bros ; Ces trois arrêts de la Cour de cassation rejettent les pourvois formés à la suite de certaines des décisions d'appel mentionnées ci-dessus (pour les arrêts du 3 mars 2015 : CA Paris, 11 sept. 2013, n°11/17941 et CA Paris, 20 nov. 2013, n°12-04791 ; et pour celui du 27 mai 2015 : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n°12/00150).

¹²⁴ Sur ces décisions, v. les bilans des décisions judiciaires civiles et pénales sur l'application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, établi annuellement par la Faculté de droit de Montpellier, et recensant les décisions qui sont rendues à l'initiative des acteurs économiques.

¹²⁵ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n°13/11059 ; AJCA, 2015, p. 39, note C. Pecnard et C. Tournaire ; RTD Com., 2014, p. 785, note M. Chagny.

deux radios sont sorties de ce groupement, celui-ci leur a demandé le paiement d'une indemnité, prévue par le règlement. Les juges ont considéré que cette clause n'était pas justifiée par la protection des intérêts du groupement, et n'était contrebalancée par aucune autre stipulation du règlement. Dans ce cas précis, la protection est accordée aux radios locales qui profitent de la qualification en pratique restrictive de concurrence de la clause qui leur faisaient grief. Dans un autre exemple, une société financière avait acquis un photocopieur auprès d'un fournisseur, pour le louer à un cabinet d'avocats. Dans le contrat de location, une clause prévoyait qu'en cas de résiliation due à une résolution ou une annulation du contrat de vente, une indemnité serait à la charge du locataire, celui-ci étant également solidairement tenu du paiement du prix d'achat du matériel. Il a été considéré que cette clause mettait en œuvre la pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹²⁶, permettant ainsi la protection d'un cabinet d'avocats face à une clause contenue dans un contrat de location de matériel, c'est-à-dire une situation bien éloignée de l'application à la relation classique de distribution. Les applications du déséquilibre significatif qui ont conduit à une sanction d'une des parties à un contrat peuvent être vues comme diverses. Bien sûr, des grands distributeurs ont été condamnés sur le fondement de ce texte, à l'issue d'actions engagées par le ministre chargé de l'économie, ce qui a permis la protection de certains de leurs fournisseurs contre les déséquilibres significatifs dont ils étaient victimes. Au-delà de ces relations de distribution, le texte a pu trouver application à l'occasion d'autres contrats, permettant la protection d'autres professionnels. Principale pratique restrictives de concurrence qui peut prendre la forme d'une ou plusieurs clauses contractuelle, le déséquilibre significatif n'est pourtant pas la seule, et d'autres clauses peuvent être atteintes via le fondement d'autres pratiques, ce qui permet également la protection de certains professionnels.

431. Les professionnels protégés contre les clauses qualifiées d'autres pratiques restrictives de concurrence. D'autres pratiques restrictives de concurrence peuvent prendre la forme d'une clause contractuelle. La protection offerte par le droit des pratiques restrictives de concurrence a ainsi été accordée au fournisseur d'une grande chaîne de distribution de meubles qui avait conclu une convention d'organisation de la fin de ses relations commerciales avec ladite grande chaîne, convention qualifiée de pratique restrictive de concurrence en ce qu'elle

¹²⁶ CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n°11/08674 ; Concurrences, n°3-2013, p. 96, note J.- L. Fourgoux ; V. aussi sur cet arrêt : J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », CCC, 2013, étude 14 ; M. Chagny : « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », RTD Com., 2013, p. 500.

met fin brutalement à la relation commerciale entre les deux parties par une baisse importante des volumes achetés au fournisseur pendant la période de préavis¹²⁷. Un autre fournisseur a pu bénéficier de la protection à la suite d'une clause qui lui imposait le versement d'un droit d'accès au référencement, lors d'un contrat conclu avec une centrale d'achats de fourniture d'approvisionnement en denrées alimentaires¹²⁸, de sorte qu'a dû lui être restitué la somme versée indument. Un sous-traitant du secteur automobile peut aussi être protégé contre les clauses qui sont qualifiables de pratiques restrictives de concurrence contenues dans les conditions générales d'achat d'un constructeur automobile, notamment en ce que l'application de ces clauses peut entraîner une rupture brutale de la relation commerciale établie, ou une menace d'une telle rupture¹²⁹. De même, un professionnel peut être protégé sur le même fondement contre une clause qui prévoit qu'en cas de désaccord quant à une modification du prix d'un abonnement, son contractant peut y mettre fin¹³⁰. Ces quelques exemples permettent de mesurer la protection accordée aux professionnels qui peuvent se retrouver face à des clauses contestables sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence. Ils laissent se dessiner également, tout comme les applications de la pratique de déséquilibre significatif, un profit du professionnel protégé par ces dispositions.

432. Typologie des professionnels protégés contre les clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. Fournisseurs de la grande distribution alimentaire, mais aussi fournisseurs d'autres secteurs apparaissent, au fil des exemples d'application des textes, protégés contre les clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. De prime abord, l'objectif de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, la protection des petits professionnels, paraît atteint. En effet, dans les exemples cités, les professionnels qui se voient accorder la protection apparaissent de taille inférieure à leur contractant, et semblent peu à même de faire face aux stipulations litigieuses

¹²⁷ Art. L. 442-6, I, 5° C. com. ; CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n°12/01166 ; Concurrences, n°3-2013, p. 99, note J.- L. Fourgoux ; *Adde* l'arrêt de cassation rendu par Cass. com., 16 déc. 2014, n°13-21.363, où la Cour de cassation estime qu'il est possible de « convenir des modalités de la rupture » d'une relation commerciale, et de « transiger sur l'indemnisation du préjudice subi par suite de la brutalité de cette rupture » ; L'article L. 442-6, I, 5° « institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation » ; L'essentiel Droit des contrats, 2015, n°2, p. 1, note N. Leblond ; CCC, 2015, comm. 34, note sous arr. N. Mathey ; JCP, E, 2015, 1115, note sous arr. N. Dissaux ; AJCA, 2015, p. 133, note L. Arcelin ; RTD Civ., 2015, p. 384, note H. Barbier ; *Idem*, p. 411, note P.- Y. Gautier.

¹²⁸ Art. L. 442-6, II, b) C. com. ; Cass. com., 25 juin 2013, n°12-21.623 ; P. Aff., 2014, n°3, p. 9, note sous arr. E. Garaud ; JCP E, 2014, 1074, note R. Loir *in* Chr. « Technique contractuelle », dir. J.- B. Seube.

¹²⁹ Art. L. 442-6, I, 4° et 5° C. com. ; CEPC, avis n°14-06 du 19 juin 2014 relatif à une demande d'avis d'un syndicat de fabricants du secteur automobile sur les nouvelles conditions générales d'achat proposées à ses membres par un constructeur français d'automobiles ; AJCA, 2014, p. 382, note B. Mathieu.

¹³⁰ CEPC, avis n°15-22 du 21 mai 2015 relatif à une demande d'avis d'un professionnel sur la validité des conditions de révision du prix d'un abonnement.

par la simple négociation. La qualification de pratiques restrictives de concurrence des clauses intervient alors dans un sens de protection de ces professionnels. Pour autant, en allant plus loin dans l'analyse, il n'est pas certain que les professionnels protégés soient tous qualifiables de petits. Ainsi, en matière de déséquilibre significatif, l'ensemble des fournisseurs qui ont bénéficié de la protection, souvent sur action du ministre, ne s'apparente pas à des petites et moyennes entreprises, et certains sont même plus proches de très grandes entreprises multinationales¹³¹. Certes, un cabinet d'avocats et une radio locale ont également bénéficié de cette protection après l'avoir eux-mêmes demandée en justice¹³², mais même s'ils entrent dans la définition des petits professionnels, il n'est pas certain qu'ils aient été au cœur des préoccupations du législateur, lorsque celui-ci a adopté les dispositions relatives au déséquilibre significatif¹³³. Sur d'autres fondements, des petites et moyennes entreprises ont parfois été protégées, comme un fabricant de meubles du Nord de la France, face à un grand distributeur d'ameublement, la protection arrivant sans doute un peu tard pour le fabricant¹³⁴, mais de la même manière, ont également été protégées des entreprises beaucoup plus importantes¹³⁵. L'analyse permet ainsi de mettre en évidence que l'objectif de protection des petits professionnels, assigné à la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de

¹³¹ La définition des petites et moyennes entreprises précitée les limitent aux structures de moins de 250 salariés. Or, lorsque le distributeur « Groupement d'achats des Centres Leclerc » se voit condamné par l'arrêt précité du 1^{er} juil. 2015 à indemniser des fournisseurs comme « Bonduelle », « Ferrero », « Fleury-Michon », « Nestlé », « Mars », ou encore « McCain », pour ne prendre que quelques exemples, il apparaît que ces fournisseurs, protégés contre le déséquilibre significatif ne correspondent pas tout à fait à la définition de la PME ; De même, lorsque le distributeur Eurauchan se voit condamné par un arrêt précité du 11 sept. 2013, confirmé par la Cour de cassation le 3 mars 2015 (préc.), l'action concerne un certain nombre de fournisseurs, parmi lesquels apparaissent « Bonduelle », « McCain » et « Pain Jacquet », fournisseurs ne correspondant pas non plus à des PME ; La Société EMC distribution (Casino) a également été condamnée sur le fondement du déséquilibre significatif, après une action du ministre par un arrêt précité du 4 juil. 2013, dans lequel sont notamment mentionnés des fournisseurs comme « Pain Jacquet », ou les « Laiteries Hubert Triballat » (Rians), fournisseurs de taille également supérieure à 250 salariés ;

¹³² Cf. arrêts précités CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n°13/11059 et CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n°11/08674.

¹³³ Certes, la loi n°2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie contient un Chapitre II intitulé « Favoriser le développement des petites et moyennes entreprises », qui contient la disposition relative au déséquilibre significatif, ce qui laisse penser qu'elle ne distingue pas selon l'activité des entreprises en question. Pour autant, cette disposition peut également être vue comme étant prise en considération de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, et s'adressant en particulier aux fournisseurs, victimes de déséquilibres dans leurs relations contractuelles avec la grande distribution.

¹³⁴ Cf. CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n°12/01166, qui indemnise la société Green Sofa, implanté à Dunkerque et comptant environ 115 salariés à cette date. La société a néanmoins été placée en liquidation judiciaire par un jugement du T. com. Dunkerque du 20 mars 2012, de sorte que la protection qui lui a été accordée n'ait pas permis de maintenir son activité ; L'arrêt de la Cour d'appel a de plus été cassé par la Cour de cassation (16 déc. 2014, précité), ce qui remet en cause l'indemnisation du fournisseur.

¹³⁵ Cf. : Cass. com., 25 juin 2013, précité, où bénéficie de la protection la société Brake France, filiale française d'un groupe international comptant plus de 10 000 salariés dans divers états (v. : rubrique « à propos » de son site institutionnel : <http://www.brake.fr/pub/fr/brake/brake.php?rub=4,2>).

concurrence ne semble pas atteint¹³⁶. Au contraire, les professionnels protégés sont, pour une large part, des professionnels de taille importante, parfois même de grandes multinationales. Il n'est donc pas certain que la qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence protège prioritairement les petites entreprises, les agriculteurs ou les artisans, même s'ils peuvent la solliciter. Il aurait sur ce point été permis de penser que l'action du ministre vienne soutenir ces petits professionnels qui peuvent hésiter à agir en justice, à l'inverse des entreprises plus importantes. Il n'en va pourtant pas ainsi, puisqu'à la suite de l'action du ministre, les fournisseurs qui ont bénéficié de la protection – sans la solliciter, ne sont pas tous comparables à un petit commerçant ou à un agriculteur, mais davantage à des entreprises incontournables sur certains marchés.

433. Conclusion du paragraphe. La protection des professionnels, et en particulier des petits professionnels apparaît comme une des préoccupations du législateur récent, en particulier en droit des pratiques restrictives de concurrence. La contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence apparaît donc nettement comme ayant un objectif de protection des professionnels, mais les applications concrètes de la législation permettent d'apporter une réponse négative à la question de savoir si cet objectif est atteint. En effet, les professionnels qui sont réputés devoir être protégés en la matière sont des petits professionnels, alors que les professionnels effectivement protégés par des décisions de qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence et de prononcé de sanctions sont davantage des professionnels de taille plus importante. Si certains professionnels apparaissent protégés par cette législation, de manière plus générale, l'objectif de protection des petits professionnels contre les faits juridiques qui peuvent survenir dans leurs relations contractuelles n'est pas atteint par la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, pas davantage que celui de la protection du marché.

434. Conclusion de la section. La confrontation de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence aux objectifs de protection du marché et de protection des professionnels traduit une hésitation du droit des pratiques restrictives de concurrence entre ces deux objectifs. Loin de satisfaire à ces deux objectifs, l'analyse permet

¹³⁶ Sur ce constat, V. déjà, considérant l'abus de dépendance économique et à l'abus de position dominante comme peu aptes à protéger les professionnels économiquement faibles : J.- P. Chazal : *De la puissance économique en droit des obligations*, th. dactyl., Université Pierre Mendès-France Grenoble II, 1996, n°578 et s. ; De même, s'agissant de la rupture brutale des relations commerciales établies, qui ne « protège pas ceux qu'elle entendait protéger », v. : L. Vogel : « La dérive du droit de la rupture brutale des relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Germain*, Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 855-866, spéc. n°1.

de démontrer que la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ne répond pas à l'objectif de protection du marché. S'agissant de l'objectif de protection des professionnels, celui-ci paraît plus affirmé en matière de pratiques restrictives de concurrence, et semble se renforcer au fil des réformes. Les professionnels qui doivent être protégés par la matière semblent être les petits professionnels. Pourtant, les qualifications de clauses en pratiques restrictives de concurrence qui ressortent de la jurisprudence montrent une protection accordée à des professionnels qui semblent *a priori* ne pas en avoir besoin. L'hésitation du droit des pratiques restrictives de concurrence entre ces deux objectifs se traduit finalement par l'échec de la matière tant d'un côté que de l'autre. Le résultat de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence intervient ainsi comme le reflet de l'ambivalence de la matière qui hésite entre protection du marché et protection des professionnels. Il convient de sortir de cette ambivalence qui ne permet pas à la matière d'atteindre sa pleine efficacité, en s'interrogeant sur l'objectif de lutte contre la déloyauté entre professionnels de la matière, ou en d'autres termes si le droit des pratiques restrictives de concurrence ne gagnerait pas en efficacité à apparaître comme des applications précises de la concurrence déloyale. Plus encore, en matière de clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence, il s'agirait d'applications de la concurrence déloyale entre des contractants. La lutte contre les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ressortirait ainsi de l'objectif de lutte contre la déloyauté.

SECTION 2 : LE TRIOMPHE DE LA LUTTE CONTRE LA DELOYAUTE DANS LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.

435. Lutte contre la déloyauté et pratiques restrictives de concurrence. L'hésitation du droit des pratiques restrictives de concurrence entre protection du marché et protection des professionnels n'a pour seule issue que l'affirmation de la participation de la matière à la lutte contre la déloyauté entre professionnels. L'objectif du droit des pratiques restrictives de concurrence apparaîtrait alors comme un objectif de maintien de la loyauté entre professionnels. La conception de la matière comme des applications précises de la loyauté (§1) permet de dégager précisément l'objectif de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, celui de garantir la loyauté entre professionnels, d'une manière plus précise que ne le fait que le droit commun (§2).

§1 : Les pratiques restrictives de concurrence, garantes de la loyauté entre professionnels.

436. Annonce. Le droit des pratiques restrictives de concurrence paraît devoir choisir entre la lutte contre la déloyauté ou la protection du marché, ou disparaître à terme. En effet, l'action de l'Union européenne en matière de loyauté entre professionnels se fait de plus en plus précise et stigmatisera des pratiques que le droit interne sanctionne sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence (A). Pour autant, il convient de relativiser la différence apparente entre droit interne et futur droit harmonisé, en ce que le droit interne apparaît d'ores et déjà comme des applications de la loyauté entre professionnels, au point qu'il est possible de se demander s'il ne s'agit pas d'applications de la concurrence déloyale (B).

A. La place de la loyauté dans la lutte européenne contre les pratiques restrictives de concurrence.

437. La place de la loyauté dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence en Europe. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, tel qu'il existe en France, peut apparaître comme unique en Europe. Pourtant, d'autres états européens ont adopté des règles similaires, même si elles restent plus générales que les règles françaises. La principale différence se situe dans l'appellation, puisque les autres états n'emploient pas, dans ce domaine, l'expression de « pratiques restrictives de concurrence », mais lorsque l'Union européenne a souhaité connaître les différentes réglementations relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels¹³⁷, peu d'états membres sont apparus comme n'ayant pas de dispositions applicables dans ce domaine. Ainsi par exemple, l'Allemagne, outre la place de la bonne foi dans les contrats¹³⁸, sanctionne en particulier les « désavantages

¹³⁷ Livre vert du 31 janv. 2013 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire en Europe COM(2013) 37 final ; v. en particulier la question n°2 : La notion de PCD est-elle reconnue dans votre état membre ? Dans l'affirmative, veuillez expliquer de quelle manière » ; Cette expression a été reconnue par les autorités françaises comme équivalente à celle de « pratiques restrictives de concurrence », puisque la réponse à la question consiste, dans le document des autorités françaises, à détailler les règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence, Cf. *Réponse des autorités françaises au Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe*, consultable sur le site de la Commission européenne via le lien suivant : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/public-authorities/france_fr.pdf, spéc. p. 3-6 ; Pour une étude détaillée du traitement de ces pratiques commerciales déloyales dans les états membres de l'Union européenne, Cf. : *Etude sur le cadre juridique couvrant les pratiques commerciales déloyales entre entreprises dans la chaîne d'approvisionnement de détail*, Rapport final de la DG Marché intérieur de la Commission européenne, 26 fév. 2014, DG MARKET 2012/049/CE (document en anglais).

¹³⁸ Art. 242 BGB que l'on peut résumer comme un texte sur l'exécution de la prestation contractuelle de bonne foi qui prévoit que le débiteur est tenu d'effectuer sa prestation de bonne foi en référence aux usages communs.

déraisonnables »¹³⁹ qu'un des partenaires retire d'un contrat au détriment de l'autre. De même, en Belgique, sont sanctionnées, de manière générale, les « pratiques de marché déloyales »¹⁴⁰, ce qui semble permettre d'atteindre des pratiques d'une entreprise qui porte atteinte aux intérêts d'un autre professionnel, y compris dans un contexte contractuel. Au Portugal, une loi concerne les « pratiques individuelles restrictives de commerce »¹⁴¹, et prohibe notamment les « pratiques de négociation abusive »¹⁴², qui s'apparentent aux pratiques restrictives de concurrence françaises. Au Royaume-Uni, certaines réglementations peuvent être vues comme protégeant les professionnels contre des pratiques commerciales déloyales, même si aucun texte général ne vise ces pratiques. Ainsi, dans le secteur de la distribution, il existe un guide de bonnes pratiques qui contient un « principe de relations commerciales loyales » qui prévoit notamment qu'un « distributeur doit toujours faire face à ses fournisseurs loyalement et licitement »¹⁴³. De ces quelques exemples, il est possible de tirer l'enseignement selon lequel le

¹³⁹ Art. 307 BGB vient rappeler, en matière de relations entre professionnels, et en particulier en matière de conditions générales, l'exigence de bonne foi qui existe de manière générale en droit des contrats, et vient prohiber les désavantages déraisonnables entre partenaires contractuels, résultant de discriminations, d'abus au sens de la bonne foi, ou de stipulations non compréhensibles ; Sur ce point, v. : *Commentaire du Gouvernement Fédéral sur le Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement B2B alimentaire et non-alimentaire en Europe*, publié sur le site de la Commission, parmi les réponses au Livre vert précité, et consultable *via* le lien suivant : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/public-authorities/germany_de.pdf ; V. aussi : C. Witz : *Le droit allemand*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2013, p. 117 où l'auteur évoque la loi sur les conditions générales d'affaires de 1976, intégrée dans les § 305 à 310 du BGB en 2002.

¹⁴⁰ Art. VI. 104 du Code de droit économique qui prévoit que « Est interdit tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lesquelles une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou plusieurs autres entreprises », ce texte étant placé à la suite des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs, et transposant notamment les dispositions de la directive 2005/29 CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs ; Sur ce point, v. : E. Terryn, B. Keirsbilck, M. Chagny, G. Chantepie, D. Voinot, A. Fortunato : *Réponse au Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe*, spéc. p. 6, point 2.2.2, où est mentionnée la disposition telle qu'existant avant sa codification au sein du Code de droit économique, publié sur le site de la Commission européenne, et consultable *via* le lien suivant : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/individuals-and-others/universites-lille-ii-ku-leuven-hub-versailles_fr.pdf.

¹⁴¹ Décret-loi n°166/2013 du 27 déc. 2013, Diário da República, 1^{re} série, n°251, p. 6985-6990, consultable sur le site du journal officiel portugais, *via* le lien suivant : <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/12/25100/0698506990.pdf> ; La réglementation ayant été modifiée postérieurement à la consultation relative au Livre Vert de la Commission européenne, la lecture de la réponse portugaise à celui-ci ne peut se faire qu'en ayant à l'esprit cette modification.

¹⁴² Décret-loi n°166-2013 du 27 déc. 2013, art. 7, où apparaît une liste de pratiques prohibées, à l'instar de la réglementation française, et par ex. l'obtention d'un avantage excessif ou l'imposition de procéder à la promotion d'un produit particulier, le texte précisant également que toute clause contractuelle qui viole les dispositions de cet article est nulle et qu'elle est réputée ne pas être écrite dans le contrat.

¹⁴³ *Guidance Groceries Supply Code of Practice*, art. 2 : « Principle of fair dealing », qui prévoit en substance qu'un détaillant doit en tout temps faire face à ses fournisseurs loyalement et licitement, c'est-à-dire qu'il doit mener ses relations commerciales de bonne foi ; Ce texte est accessible sur le site du Gouvernement britannique, *via* le lien suivant : <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice/groceries-supply-code-of-practice#principle-of-fair-dealing> ; V. aussi, concernant les dispositions applicables au Royaume-Uni et pouvant participer de la protection des professionnels contre les pratiques commerciales déloyales, la réponse du Gouvernement britannique au Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, consultable sur le site de la

droit français n'apparaît pas isolé dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence¹⁴⁴, même si les règles relatives à ce que le droit français nomme ainsi font davantage référence à la loyauté dans les réglementations allemande, belge, portugaise, ou britannique. Cette référence à la loyauté est également reprise par l'Union européenne, qui montre un intérêt certain en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

438. La place de la loyauté dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence en droit de l'Union européenne. Les pratiques que le droit français nomme « restrictives de concurrence » sont qualifiées en droit de l'Union européenne de « commerciales déloyales entre professionnels ». L'emploi de ce vocable permet de souligner l'appartenance de ces pratiques à la catégorie des pratiques commerciales déloyales, déjà connue dans les relations entre professionnels et consommateurs, depuis qu'une directive d'harmonisation maximale est intervenue en 2005¹⁴⁵. Il s'agirait en effet d'étendre la sanction de ces pratiques¹⁴⁶ entre professionnels, en suivant le même modèle que celui utilisé pour les consommateurs¹⁴⁷. Ainsi, la lutte contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels prendrait *a priori* la forme d'un texte général, puis d'une liste de pratiques présumées déloyales en toutes circonstances. La volonté de l'Union européenne paraît, sans

Commission européenne, *via* le lien suivant : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/public-authorities/united-kingdom_en.pdf, document qui aboutit à une réponse négative à la question de savoir si une législation relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels existe au Royaume-Uni (p. 14), mais qui détaille une réglementation qui permet de combattre, « de manière limitée » (p. 6) les pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

¹⁴⁴ Sur ce constat, v. déjà : D. Fasquelle : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? Le Titre IV au regard des exemples étrangers : une exception française ? », in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 Evolutions et perspectives*, colloque, 2006, Paris, Association Française d'Etude de la concurrence, Cour de cassation, Conseil de la concurrence, DGCCRF, dir. G. Canivet, et L. Idot, Paris : Litec, 2007, Coll. Colloques & débats, p. 111-122 où l'auteur nuance le caractère isolé du droit français dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence ; *Adde* : L. Roberval : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire, une spécificité française ?*, thèse, dactyl. Université du Littoral-Côte d'Opale, dir. D. Fasquelle, 2010, où l'auteur nuance également le caractère spécifique du droit français par rapport à d'autres états.

¹⁴⁵ Directive 2005/29 du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

¹⁴⁶ Les « pratiques commerciales » sont définies par l'art. 2 d) de la directive précitée comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnels en relation directe avec la promotion d'un produit, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ; Les « pratiques commerciales déloyales » sont définies quant à elles par l'article 5.2 de la directive qui prévoit que « une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ».

¹⁴⁷ La structure de la directive de 2005 précitée s'établit comme suit : D'abord, une définition des pratiques commerciales déloyales, puis deux types de pratiques qui sont des exemples particuliers de pratiques commerciales déloyales, les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives, et enfin, en Annexe, une liste de pratiques qui sont présumées déloyales en toutes circonstances, qu'elles soient trompeuses ou agressives.

équivoque, aller dans le sens d'une réglementation en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. De nombreuses publications témoignent de cette volonté européenne depuis une dizaine d'années¹⁴⁸, et l'action se fait plus précise dans le domaine de la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises¹⁴⁹. Les dernières publications permettent en outre de définir précisément les pratiques commerciales déloyales entre entreprises¹⁵⁰. Il s'agit de « pratiques qui s'écartent manifestement de la bonne conduite commerciale et qui sont contraires aux principes de bonne foi et de loyauté », la Commission précisant qu'elles sont « généralement imposées lorsqu'il y a un déséquilibre entre une partie forte et une partie faible », sachant que ces pratiques « peuvent exister des deux côtés de la

¹⁴⁸ V. par ex., pour des publications mentionnant la nécessité de lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels : Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Think small first » : Priorité aux PME, Un « Small Business Act » pour l'Europe, 25 juin 2008, COM (2008) 394 final, qui mentionne la nécessité pour les PME de se défendre contre les pratiques commerciales déloyales (VII) ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une chaîne d'approvisionnement plus performante en Europe, 28 oct. 2009, COM (2009) 591 final, spéc. relativement à la chaîne d'approvisionnement alimentaire, n°3.1.1 ; Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Exercice de surveillance du commerce et de la distribution « Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020 », 5 juil. 2010, COM (2010) 355 final, spéc. n°6, p. 8 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réexamen du « Small Business Act » pour l'Europe, 23 février 2011, COM(2011) 78 final, n°3.1.1 ; Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « ensemble pour une nouvelle croissance », 13 avr. 2011, COM (2011) 206 final, n°2 ; Rapport du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable (2010/2109 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, 5 juil. 2011, n°35 ; Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janvier 2013, COM (2013) 37 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises », 15 juillet 2014 COM(2014) 472 final ; Projet de rapport du Parlement européen sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, (2015/2065 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, 6 juil. 2015, qui fait suite à la Communication de la Commission de 2014 et insiste sur la nécessité de lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire.

¹⁴⁹ Cf. : Communication « Une chaîne d'approvisionnement plus performante en Europe », précitée, n°3.1.1 ; Rapport « Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020 », précité, n°6 ; Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, précité ; Communication « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises », précitée ; Projet de rapport du Parlement européen sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, précité.

¹⁵⁰ Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales de janv. 2013, précité ; Réponses au Livre vert publiées sur le site de la commission ; Communication « Lutter contre les parties commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises » de juil. 2014 ; Sur cette communication, v. : M. Chagny : « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des « petits pas » », RTD Com., 2014, p. 571 ; G. Parleani : « Petit vent frais sur le « Titre IV » », AJCA, 2014, p. 251 ; C. Pecnard, G. Robic : « Lutte contre les pratiques déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire : les recommandations de la Commission à la lumière de l'expérience française », AJCA, 2014, p. 338 ; V. aussi : Projet de rapport du Parlement européen sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, de juil. 2015, précité.

relation entre entreprises et à toute étape de la chaîne d'approvisionnement »¹⁵¹, et qu'elles sont « imposées de manière unilatérale par un partenaire commercial à un autre »¹⁵². Cette définition s'avère proche de celle des pratiques restrictives de concurrence internes, qui peuvent s'analyser comme une pratique commerciale unilatérale prohibée à l'occasion d'un rapport contractuel passé, présent ou à venir, indépendamment de tout effet sur la concurrence¹⁵³. Malgré la différence sémantique, il s'agit en droit interne comme dans les projets européens de stigmatiser des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'une relation contractuelle entre professionnels, par l'un des professionnels de manière unilatérale, et qui sont contraires à la loyauté et à la bonne conduite commerciale. Bien évidemment, Il ne s'agit pas de prendre en considération un quelconque effet sur la concurrence, puisque ces pratiques sont mises en œuvre entre deux partenaires contractuels, et non pas entre deux concurrents. Sur ce point, le choix sémantique de l'Union européenne, calqué sur le droit de la consommation, paraît plus séduisant, en raison de sa référence à la loyauté¹⁵⁴ et de l'absence du terme « concurrence ». Pourtant, en droit français, le terme de concurrence demeure employé pour désigner les pratiques restrictives de concurrence, et la disparition de ce terme pour désigner les pratiques commerciales déloyales ne semble pas aller de soi, d'autant qu'il a pu être soutenu que ces pratiques puissent s'analyser comme des applications particulières de la concurrence déloyale.

¹⁵¹ Définition des pratiques commerciales déloyales dans les relations tout au long de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises issue du Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales de janv. 2013, précité, p. 4 ; Cette définition est légèrement affinée dans la Communication « Lutter contre les parties commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises » de juil. 2014, spéc. p. 2 : « Les pratiques commerciales déloyales se définissent d'une manière générale comme des pratiques qui s'écartent largement de la bonne conduite commerciale, qui sont contraires à la bonne foi et à la loyauté et qui sont imposées de manière unilatérale par un partenaire commercial à un autre » ; Cette définition est reprise dans le Projet de rapport du Parlement européen de juill. 2015, précité, spéc. p. 9.

¹⁵² Communication de juil. 2014, précitée.

¹⁵³ Cf. *Supra*, n°22 ; L'expression « Pratiques commerciales déloyales » est d'ailleurs parfois employée pour désigner les pratiques restrictives de concurrence, v. par ex. : G. Cerutti : *op. cit.*, spéc. p. 103 ; L. Idot : « Un pas vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales ? », Europe, n°3-2013, alerte 9, où l'auteur, qui mentionne la publication du Livre vert de janv. 2013 précité, estime que la « notion de pratiques commerciales déloyales retenue par la Commission évoque immédiatement le titre IV sur les pratiques restrictives de concurrence du Livre IV du Code de commerce que l'on rattache dans notre pays au droit de la concurrence pour des raisons essentiellement historiques et formelles, sans que cela soit intellectuellement justifié ».

¹⁵⁴ Sur la loyauté en droit communautaire au moment des discussions relatives à la directive de 2005, v. : C. Montfort : *La loyauté des pratiques commerciales en droit communautaire du marché*, th. Dactyl. dir. F. Ferrand, Université Jean-Moulin Lyon 3, 2004, spéc. p. 431 et s.

B. La spécificité des pratiques restrictives de concurrence par rapport à la concurrence déloyale.

439. Pratiques commerciales déloyales et concurrence déloyale. La volonté de l'Union européenne de venir légiférer en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels semble rénover un courant doctrinal interne qui analyse les pratiques restrictives de concurrence comme pouvant être analysées comme des applications particulières de la concurrence déloyale¹⁵⁵. Certains auteurs se montrent favorables à adapter la concurrence déloyale à la sanction des pratiques commerciales déloyales entre professionnels¹⁵⁶, voire également entre professionnels et consommateurs¹⁵⁷. Pour ces auteurs, les pratiques commerciales déloyales pourraient s'analyser comme un cas particulier de concurrence déloyale, ou plus exactement être sanctionnées sur le fondement d'une concurrence déloyale légalement consacrée et légèrement différente de sa version actuelle¹⁵⁸. Actuellement, la concurrence déloyale permet à des concurrents d'obtenir réparation pour des actes déloyaux¹⁵⁹,

¹⁵⁵ Cf. la proposition du Rapport : *Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce*, dir. G. Canivet, Paris : La Documentation française, coll. des rapports officiels, 2004, p. 97-98, où il est proposé de renommer le Titre IV du Code de commerce pour l'intituler « de la loyauté dans les pratiques commerciales », et d'y insérer les règles relatives à la concurrence déloyale, comme des règles générales s'appliquant en l'absence de règles plus précises sur telle ou telle pratique ; v. aussi : p. 159 ; A. Riéra : *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, th. préf. Y. Picod, Paris : LGDJ-Lextenso, Institut Universitaire Varenne, coll. des thèses, 2014, n°581 où l'auteur évoque « l'assimilation de l'action en concurrence déloyale à une pratique restrictive de concurrence » ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu : *Concurrence déloyale*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2014, spéc. n°60 et 75 ; M.- A. Frison-Roche, M.- S. Payet : *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, coll. Précis, 2006, n°423 où les auteurs estiment que le « droit de la rivalité concurrentielle » pourrait n'être encadré que par « la responsabilité et les contrats », et notamment par la concurrence déloyale, v. aussi : n°428 où les auteurs analysent l'action en concurrence déloyale comme une action de protection des concurrents, « ce qui n'est nullement sa vocation » ; J. Stuyck : « Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales », RID éco., 2011/4, p. 455-479, spéc. n°59 ; Y. Picod : « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale » in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, mélanges en l'honneur d'Y. Serra, Paris : Dalloz, 2006, p. 359-371, spéc. n°4 ; M. Béhar-Touchais : « L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales », RLC, 01/2010, n°22, p. 31-35, spéc. n°9 et s. où la démonstration de l'auteur tend à considérer que « les pratiques restrictives de concurrence devraient être qualifiées d'actes de concurrence déloyale », au sens du Règlement Rome II.

¹⁵⁶ M. Chagny : « Quels modèles pour le droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ? », in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales. Evolution et perspectives*, colloque, Lille, 2011, dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2013, p. 145-156, n°21 et s. même si l'auteur se montre *in fine* davantage favorable à une réécriture de l'article L. 442-6 du Code de commerce autour de deux dispositions générales (n°27 et s.) ; Y. Picod : « Concurrence déloyale et responsabilité civile », AJCA, 2014, p. 152.

¹⁵⁷ V. pour des auteurs qui se montrent favorables à une unification de la sanction de l'ensemble des pratiques commerciales déloyales sous les auspices de la concurrence déloyale : J. Stuyck : « La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs », in *Concurrence et consommation*, Colloque, Perpignan, 1993, dir. Y. Serra et J. Calais-Auloy, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1994, p. 95-109 ; v. aussi : « Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales », précité ; Y. Picod : « concurrence déloyale et responsabilité civile », précité.

¹⁵⁸ Cf. Rapport Canivet précité ; Y. Picod : *op. cit. loc. cit.*

¹⁵⁹ Les actes de concurrence déloyale sont la confusion, le dénigrement, la désorganisation, le parasitisme ; Sur ce point, Cf. *Supra*, n°77.

sur le fondement du droit de la responsabilité civile. Les pratiques pourraient être listées sous un texte plus général prohibant la concurrence déloyale. L'intérêt serait avant tout, au niveau interne, une remise en ordre du Titre IV du Code de commerce¹⁶⁰, mais se trouve également complété par la possibilité d'atteindre les pratiques commerciales déloyales sur ce fondement, au niveau communautaire¹⁶¹. Il s'agirait alors d'une consécration de la concurrence déloyale au niveau communautaire, par un texte général, suivi des dispositions plus précises sanctionnant les pratiques commerciales déloyales entre professionnels et consommateurs d'une part, et entre professionnels d'autre part¹⁶². Sémantiquement, la consécration des pratiques commerciales déloyales sous un texte relatif à la concurrence déloyale ne peut que séduire. Les réflexions des auteurs semblent aller dans le sens d'un élargissement de la concurrence déloyale, qui serait à même d'atteindre tant des pratiques mises en œuvre à l'égard des consommateurs, que des pratiques mises en œuvre dans des relations entre professionnels. Pourtant, malgré la référence à la loyauté, la sanction de ces pratiques ne semble pas pouvoir ressortir de dispositions relatives à la concurrence, les pratiques commerciales déloyales ou les pratiques restrictives de concurrence demeurant spécifiques par rapport à la concurrence déloyale.

440. La spécificité des pratiques restrictives de concurrence par rapport à la concurrence déloyale. Les pratiques restrictives de concurrence interne peuvent être vues comme des pratiques commerciales déloyales, entre professionnels. Alors que certains auteurs avaient vu dans les pratiques commerciales déloyales dans les relations entre professionnels et consommateurs des aspects de concurrence déloyale¹⁶³, il apparaissait logique que, ces

¹⁶⁰ Cf. Rapport Canivet précité ; Y. Picod : *op. cit. loc. cit.* ; M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, th. préf. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, coll. de l'Institut de droit des affaires, 2012, n°549 et s.

¹⁶¹ C. Carbonneaux : *Les figures juridiques de la concurrence en droit de l'Union européenne. Etude autour de la loyauté de la concurrence*, thèse. Dactyl., Université de Lille 2, dir. S. Bracq, 2013, n°490 et s, spéc. n°491 où l'auteur aboutit à la réflexion selon laquelle la concurrence déloyale qui permet de remplir un objectif de protection des consommateurs permet d'atteindre toutes les pratiques commerciales déloyales, ce pourrait aboutir à un « droit européen contre la concurrence déloyale et les pratiques commerciales déloyales ».

¹⁶² Sur ce point, Cf. *Supra*, n°83 ; V. en ce sens : C. Carbonneaux : *op. cit.*, n°196 où l'auteur montre que la réglementation actuelle, issue de la directive de 2005, sur les pratiques commerciales déloyales entre professionnels et consommateurs peut parfois permettre la protection des concurrents contre les actes de concurrence déloyale ; v. aussi : n°491 ; Il s'agit également du sens du Colloque qui s'est tenu à Lille en 2011, intitulé « Droit européen des pratiques commerciales déloyales. Evolution et perspectives », dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2013, et en particulier : M. Chagny : « Quel(s) modèle(s) pour le droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ? », précité ; B. Keirsblick : « Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales déloyales « b2c » et « b2b » », p. 156-175 ; M. Béhar-Touchais : « Rapport conclusif », p. 177-195 ; V. aussi en ce sens : J. Stuyck : *op. cit.* ; Y. Picod : « Concurrence déloyale et responsabilité civile », précité.

¹⁶³ V. : Y. Serra : *Le droit français de la concurrence*, Paris ; Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1993, p. 29 où l'auteur, en introduction de son étude consacrée à la concurrence déloyale, évoque les dispositions consuméristes

pratiques étant étendues dans les relations entre professionnels, le raisonnement conduise à considérer que ces pratiques commerciales déloyales soient des applications de la concurrence déloyale. L'évolution jurisprudentielle en matière de concurrence déloyale, qui laisse apparaître des applications entre non-concurrents¹⁶⁴ semble également aller dans le sens d'un rapprochement avec les pratiques restrictives de concurrence qui trouvent application également entre non-concurrents, voire entre partenaires. Pourtant, qu'elles soient nommées pratiques restrictives de concurrence ou pratiques commerciales déloyales entre professionnels, ces pratiques ne paraissent pouvoir être regardées que comme différentes de la concurrence déloyale. D'abord, est assez répandue en doctrine la vision restrictive du droit de la concurrence¹⁶⁵ selon laquelle le droit de la concurrence ne pourrait avoir que pour seul objectif la protection du marché¹⁶⁶, à l'exclusion des objectifs de loyauté et d'égalité¹⁶⁷. En ne prenant

sanctionnant ce qui aujourd'hui est sanctionné au titre des pratiques commerciales déloyales, comme des dispositions appréhendant certains procédés déloyaux de concurrence ; M. Toporkoff : *Droit de la concurrence déloyale*, Paris : Gualino Lextenso Editions, Coll. Droit en action, 2010, p.65 et s.

¹⁶⁴ Cf. *Supra*, n°79 et 80.

¹⁶⁵ D. Mainguy (dir.) : *Dictionnaire de droit du marché, concurrence, distribution, consommation*, Paris : Ellipses, coll. Dictionnaires de droit, 2008, V° « droit de la concurrence », où la définition distingue entre les auteurs qui estiment que le droit de la concurrence est un droit antitrust, c'est-à-dire un « ensemble de règles ayant pour objectif d'assurer la régulation du marché (ententes, abus de position dominante, concentrations et aides d'état) », et les autres qui y incluent également le droit des pratiques restrictives de concurrence. Une « définition extensive » du droit de la concurrence le voit alors comme « un ensemble de règles assurant le contrôle de la loyauté des actions des opérateurs économiques, incluant la concurrence déloyales et les règles de propriété intellectuelle et de droit des contrats ».

¹⁶⁶ Sur ces points, Cf. *Supra*, n°18 ; V. not. : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, Préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, n°577 ; L. Roberval : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire, une spécificité française ?*, Thèse, Université du Littoral, 2010, dactyl., n°579 ; M. Martin : *op. cit.*, n°6, où l'auteur explique que ces règles ne « servent pas l'objectif dont elles se réclament, à savoir la libre concurrence », la concurrence étant davantage « servie par d'autres règles » (n°485 et s.) ; L. Zevounou : *Les usages de la notion de concurrence en droit*, thèse, préf. P. Brunet, Bibl. dr. publ., t. 272, Paris : LGDJ-Lextenso, 2012, n°6 et n°47 dans lequel l'auteur exclut de son étude les pratiques restrictives de concurrence, nommées « pratiques déloyales » ; Y. Guyon : *Droit des affaires. Tome 1, Droit commercial général et sociétés*, 12^{ème} éd., Paris : Economica, 2003, n°896-1 où l'auteur estime que « l'intervention législative est délicate en période de libéralisme » ; Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, Paris : Lexis-Nexis, Coll. Manuels, 8^e édition, 2012, n°224, où les auteurs estiment que le droit des pratiques restrictives de concurrence n'entre pas dans l'objectif de protection du marché et constitue « un dévoiement du droit de la concurrence, forcé d'accueillir en son sein des règles qui, en l'absence de référence au marché, lui demeurent, par essence, étrangères » ; n°205 où les auteurs estiment que « la finalité du droit de la concurrence n'est pas de protéger les entreprises faibles, ni de rechercher l'équilibre ou la justice contractuelle, mais seulement de veiller au bon fonctionnement du marché, et n°234 où ils estiment que « ce droit a pour objectif la protection des entreprises vulnérables et la préservation d'une logique contractuelle, aucune de ces logiques n'est convaincante » ; J.-L. Fourgoux : « Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? » in Dossier *Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, n°12-2006, 26, n°3 où l'auteur explique que les « pratiques restrictives appréhendent de simples rapports bilatéraux ou contractuels, et pourraient ne pas relever du droit du marché » ; V. aussi, dans le même dossier : L. Donnedieu de Vabres-Tranie et C. Montet : « Un droit de la concurrence, pour quoi faire ? », CCC, n°12-2006, 22, n°4 où les auteurs estiment que « le droit de la concurrence a un objectif d'efficacité économique. Lorsque le droit de la concurrence tente de répondre à des objectifs contraires, des incohérences peuvent alors apparaître, comme c'est le cas en France avec les dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce ».

en compte que ce seul objectif, certaines pratiques restrictives de concurrence peuvent ne pas nécessairement être restrictives de concurrence¹⁶⁸, et même peuvent parfois apparaître comme nécessaires à la concurrence¹⁶⁹, de sorte que leur appréhension en droit de la concurrence paraisse surprenante¹⁷⁰. Cette vision restrictive tend à contester la qualification de droit de la concurrence des pratiques restrictives de concurrence. Sémantiquement, il serait alors difficile à comprendre de suivre l'opération qui consiste à sortir du droit de la concurrence le droit des pratiques restrictives de concurrence pour l'insérer dans la concurrence déloyale, domaine dans lequel la recherche commune d'une clientèle paraît être une condition importante pour apprécier la déloyauté dans la concurrence¹⁷¹. En réalité, en matière de pratiques restrictives de concurrence, il n'y a pas de situation de concurrence entre celui qui met en place la pratique et celui qui en est victime, et ils sont même souvent, des partenaires liés par un contrat. Ensuite, l'existence de ce contrat, si elle n'a pas de conséquence sur la nature de la responsabilité qui, en matière de pratiques comme en matière de concurrence déloyale, demeure délictuelle, tend

¹⁶⁷ M. Chagny : *op. cit.*, n°579 ; v. aussi : J.-L. Fourgoux : *op. cit.*, *loc. cit.* ; D. Ferrier : « Les pratiques restrictives de concurrence pour quelle finalité ? », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, mélanges en l'honneur d'Y. Serra, Paris : Dalloz, 2006, n°6, où l'auteur s'interroge sur la finalité de cette réglementation, *a priori* selon lui « la protection des concurrents », mais aussi « l'action sur les prix à la consommation ».

¹⁶⁸ D. Brault : *politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris : LGDJ, coll. Droit des affaires, 2004, n°401 : où l'auteur considère que ces pratiques sont « parfois restrictives de concurrence mais pas toujours » ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°419.

¹⁶⁹ V. not. : M. Chagny : *op. cit.*, n°582 où pour l'auteur, les « prohibitions méconnaissent les réalités de l'économie » et n°583 où l'auteur demande à ce qu'une vérification des effets sur le marché soit réalisée, la « liste de conduites irréfragablement sanctionnées n'a pas lieu d'être » ; L. Vogel : *Traité de droit des affaires* / G. Ripert et R. Roblot, sous la dir. de M. Germain, *Tome 1, Vol. 1 : du droit commercial au droit économique*, 20^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso Editions, 2016, n°751, où les auteurs estiment que ces pratiques « peuvent être nécessaires à la concurrence » ; Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre, C. Nourissat : *op. cit.*, n°234 où les auteurs considèrent que « ces pratiques peuvent être facteur de dynamisme de la concurrence » ; J.-B. Blaise, *op. cit.* n°924 où l'auteur considère que la « concurrence souffre » de l'interdiction des discriminations en raison de « l'impossibilité pour les concurrents d'ajuster leurs prix » ; L. Donnedieu de Vabres-Tranie, C. Montet : « Un droit de la concurrence, pour quoi faire ? » in *Dossier Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?*, CCC 2006, n°12, 22, n°27, à propos des discriminations qui « peuvent être efficace économiquement ».

¹⁷⁰ V. not. : M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet : *op. cit.*, n°423.

¹⁷¹ Cf. *Supra*, n°75 et s. ; V. not. G. Cornu : *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Quadrige, Dicos Poche, 2013, V° « Concurrence déloyale » : « fait constitutif d'une faute qui résulte de l'usage excessif, par un concurrent, de la liberté de la concurrence, par emploi de tout procédé malhonnête dans la recherche de la clientèle dans la compétition économique » ; même si sont à relever des applications de la concurrence déloyale entre non-concurrents, les actes de concurrence déloyale qui sont couramment sanctionnés en jurisprudence peuvent être vus comme le plus souvent observés entre concurrents, qui s'adressent à une clientèle commune ; V. par ex. d'application : Cass. com., 7 janv. 2014, n°12-29.934, espèce dans laquelle l'agent commercial a manqué à son obligation de loyauté en exerçant une activité d'agent commercial pour un concurrent, ce qui justifie la rupture du contrat sans indemnité, mais où la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui avait estimé que qu'il « ne peut en revanche lui être reproché un comportement constitutif de concurrence déloyale dès lors que l'activité qu'elle a développée au profit d'un concurrent de son mandant n'a pas été accompagnée de manœuvres destinées à détourner irrégulièrement la clientèle de ce dernier, à entraîner une confusion dans l'esprit de cette clientèle ou à désorganiser son entreprise ».

cependant à empêcher la caractérisation d'un acte de concurrence déloyale¹⁷², qui ne peut être mis en œuvre entre contractants, mais seulement dans un rapport délictuel. Puis, les pratiques restrictives de concurrence sont sanctionnées par la responsabilité délictuelle de l'auteur de la pratique, tout comme en matière de concurrence déloyale. Pour autant, les pratiques restrictives de concurrence recèlent bien d'autres sanctions que la simple indemnisation du préjudice, comme des amendes civiles¹⁷³ ou des nullités de clauses¹⁷⁴, dont certaines ne peuvent être demandées que par des autorités publiques. Malgré une responsabilité de nature identique, les sanctions sont donc différentes entre concurrence déloyale et pratiques restrictives de concurrence. De plus, même si la jurisprudence paraît moins exigeante sur cette condition en le présumant parfois¹⁷⁵, le préjudice est indispensable pour agir en concurrence déloyale, puisque l'action consiste à en demander l'indemnisation. Au contraire, en matière de pratiques restrictives de concurrence, l'existence d'un préjudice n'est pas indispensable pour agir, et il ne manque pas d'exemples jurisprudentiels qui ont sanctionné des pratiques restrictives de concurrence sans indemniser de préjudice¹⁷⁶, en particulier lorsque l'action a été initiée par l'autorité publique. Il convient alors de ne pas opérer de confusion en droit interne entre la sanction de la concurrence déloyale, sur le fondement du droit commun, et la sanction des pratiques restrictives de concurrence ou des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, qui procède d'une logique différente. Le droit français ne confond d'ailleurs

¹⁷² V. cependant : Y. Picod : « Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle », précité, où l'auteur estime p.26 que la « concurrence déloyale contribue paradoxalement à la puissance du souffle du contrat », citant des exemples d'application de la concurrence déloyale à « l'occasion de situation contractuelles » (p. 24-25), par exemple, en cas d'annulation du contrat contenant la clause, au cas où les parties n'ont pas prévu de telle clause, et peut être appliquée au tiers complice du non-respect de la clause de non-concurrence. C'est ainsi que, dans certains cas relativement marginaux, la concurrence déloyale s'applique à l'occasion de contrats.

¹⁷³ La sanction de l'amende civile peut être demandée par le ministère public ou par le Ministre chargé de l'économie, lorsqu'il engage l'action en justice, sur le fondement de l'art. L. 442-6, III, al. 2 C. com.

¹⁷⁴ Cette sanction peut être demandée par le ministère public ou le Ministre chargé de l'économie pour l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence (art. L. 442-6, III, al. 2 C. com.), et peut être demandée par la victime de la pratique pour certaines clauses, visées par l'article L. 442-6, II C. com.

¹⁷⁵ Cf. Supra, n°326.

¹⁷⁶ V. par ex. (précités) en matière de déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2° C. com.) : Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525, confirmant un arrêt de la CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n°11/17941, confirmant un jugement du T. com. Lille, 9 sept. 2011, n°2009/05105 qui avait ordonné la cessation d'une pratique créant un déséquilibre significatif, et prononcé une amende civile, mais qui n'avait pas indemnisé de préjudice ; Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387, confirmant un arrêt de la CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n°12/00150, qui avait ordonné la cessation d'une pratique créant un déséquilibre significatif et prononcé une amende civile, mais qui n'avait pas indemnisé de préjudice ; CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n°13/11059 qui a infirmé un jugement qui avait notamment alloué des dommages et intérêts aux victimes de la pratique restrictive de concurrence de création d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, sans remettre en cause l'existence de cette pratique, en considérant que « les sociétés appelantes ne justifient d'aucun préjudice, distinct de l'imposition d'une indemnité trop élevée réparé par l'annulation de la clause litigieuse ; que leur demande en dommages et intérêts fondée sur le déséquilibre significatif sera donc rejetée » ; CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 1^{er} juill. 2015, n°13/19251 qui condamne un distributeur sur le fondement du déséquilibre significatif et le condamne à une amende civile, ainsi qu'à la répétition de l'indu perçu par plusieurs fournisseurs, mais qui ne prononce pas d'indemnisation d'un quelconque préjudice.

pas entre ces deux pans du droit de la concurrence, et malgré les propositions d'un rapport¹⁷⁷, n'a pas légalement consacré la concurrence déloyale, ce qui empêche d'apporter une confusion au sein d'un Titre IV qui ne semble pas en avoir besoin. En effet, cela impliquerait de sanctionner des pratiques déloyales mises en œuvre sur un marché¹⁷⁸ au sein d'un Titre où sont sanctionnées des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, intitulées pratiques restrictives de concurrence, sans souci de définition du marché sur lequel opèrent les auteurs et les victimes de ces pratiques. L'action de l'Union européenne dans ce domaine paraît également prendre soin de ne pas confondre entre concurrence déloyale et pratiques commerciales déloyales, puisque l'Union européenne avait dans un premier temps soulevé le fait qu'une action en matière de concurrence déloyale pourrait être utile¹⁷⁹, avant de se concentrer sur les seules pratiques commerciales déloyales entre professionnels¹⁸⁰. La différence entre les pratiques restrictives de concurrence, qu'il est possible de dénommer par le synonyme de pratiques commerciales déloyales entre professionnels et la concurrence déloyale est ainsi suffisamment importante pour que soit évitée toute confusion. Pour autant, il n'en demeure pas moins que, débarrassées de leur étiquette de concurrence déloyale, les pratiques restrictives de concurrence participent de l'exigence de loyauté, non pas entre concurrents,

¹⁷⁷ Cf. Rapport *Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce*, dir. G. Canivet, précité, *loc. cit.*

¹⁷⁸ Cf. le texte de la proposition du rapport, p. 159.

¹⁷⁹ V. le Considérant n°8 de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur : « La présente directive protège expressément les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard. Dès lors, elle protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la présente directive, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne. Il va de soi qu'il existe d'autres pratiques commerciales qui, si elles ne portent pas atteinte aux consommateurs, peuvent néanmoins porter préjudice aux concurrents et aux clients des entreprises. Il convient que la Commission examine attentivement s'il y a lieu d'envisager une action communautaire en ce qui concerne la concurrence déloyale au-delà du champ d'application de la présente directive et formule, si nécessaire, une proposition législative couvrant ces formes de concurrence déloyale ».

¹⁸⁰ Cf. l'ensemble des projets publiés par l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, v. *supra*, n°437, et en particulier les plus récents qui s'ils sont consacrés aux pratiques commerciales déloyales, n'évoquent pas une harmonisation en matière de concurrence déloyale : Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janvier 2013, COM (2013) 37 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises », 15 juillet 2014 COM(2014) 472 final ; Projet de rapport du Parlement européen sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, (2015/2065 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, 6 juil. 2015, qui fait suite à la Communication de la Commission de 2014 et insiste sur la nécessité de lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire.

mais entre opérateurs économiques, sans besoin de savoir s'ils recherchent ou non à séduire la même clientèle¹⁸¹.

441. Conclusion du paragraphe. Il apparaît assez nettement que les pratiques restrictives de concurrence participent à la garantie d'un certain niveau de loyauté dans les relations entre professionnels. La dénomination retenue par l'Union européenne, qui souhaite appréhender, de manière harmonisée, ces pratiques est sans doute plus adaptée. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels sont les pratiques restrictives de concurrence interne françaises, mais sans référence à la concurrence. Encombrante et source de confusions, cette référence ne semble pas indispensable pour atteindre des pratiques qui sont déloyales entre professionnels dont il ne faut pas se poser la question de savoir s'ils sont en concurrence ou non, s'ils agissent sur un même marché ou non. Dans la même optique, les pratiques restrictives de concurrence ne peuvent être vues comme des applications particulières de la concurrence déloyale. En définitive, l'objectif de loyauté des pratiques restrictives de concurrence permet de lui donner une dénomination plus en phase avec la réalité, et peut être décliné dans les relations contractuelles, où la loyauté entre les contractants professionnels apparaît comme l'objectif de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

§2 : La loyauté entre contractants professionnels, objectif de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

442. Objectif principal. L'objectif de préservation de la loyauté dans les contrats conclus entre professionnels apparaît comme le principal objectif de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Cet objectif du droit spécial apparaît identique à l'un des « principes généraux »¹⁸² du droit des obligations, et vient suppléer les

¹⁸¹ En ce sens, v. : D. Fasquelle, L. Roberval : « Rapports distributeurs/ fournisseurs : l'exemple de l'encadrement par le droit français », in *A quoi sert la concurrence ?*, dir. M. Béhar-Touchais, N. Charbit, R. Amaro, Paris : Institut de droit de la concurrence, 2014, p. 355-360, spéc. p. 359, où les auteurs évoquent le « nécessaire renforcement de l'exigence de loyauté dans la relation commerciale », en montrant que distinctes de la concurrence déloyale, les pratiques restrictives de concurrence participent d'un renforcement de la loyauté entre professionnels, et en précisant que le législateur pourrait affirmer un « principe général de loyauté dans la relation commerciale » pour éviter de devoir intervenir spécifiquement, pour chaque comportement déloyal.

¹⁸² Cf. loi n°2015-177 du 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, art. 8, qui autorise le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures visant à moderniser, simplifier, améliorer la lisibilité, et renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve. Dans cette optique, la loi poursuit en précisant qu'il conviendra pour le gouvernement d'« (1°) affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle » ; La bonne foi et la loyauté qui en découle sont ainsi qualifiées de principes généraux par le législateur, qui précise que ces principes doivent être affirmés dans la réforme du droit des obligations ; Ils se retrouvent dans les « dispositions préliminaires » du Projet d'Ordonnance de la

carences du droit commun, qui ne parvient pas à atteindre, sur le fondement de la loyauté issue de la bonne foi, les pratiques contestables qui sont mises en œuvre dans un contexte contractuel (A). L'objectif apparaît également comme identique à l'un des objectifs du droit de la consommation, même si cette identité reste mesurée (B).

A. La complémentarité à la loyauté du droit commun.

443. La loyauté du droit commun complétée par l'affirmation de l'objectif de loyauté de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

L'exigence de loyauté du droit commun a été développée en doctrine¹⁸³ sur la base de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil¹⁸⁴, devenu article 1104¹⁸⁵. La loyauté suppose alors une « attitude consciencieuse et diligente du contractant »¹⁸⁶, par opposition à une « attitude malhonnête ou fautive »¹⁸⁷. Elle a également vocation à intervenir « là où le contrat ne dit rien »¹⁸⁸, conformément à « la commune intention des parties »¹⁸⁹, pour imposer une « obligation de tolérance, de coopération ou de renseignement »¹⁹⁰, mais aussi plus généralement une « cohérence de comportement »¹⁹¹. Malgré les incitations doctrinales, la loyauté, telle qu'issue du droit commun ne peut être analysée comme permettant de sanctionner des clauses que le droit des pratiques restrictives de concurrence qualifie de pratiques restrictives de concurrence¹⁹². De même, pourtant désormais qualifiée de « principe général de droit des obligations »¹⁹³, la bonne foi telle qu'issue de la réforme du droit des contrats n'apparaît pas comme très différente de sa version actuelle¹⁹⁴. Le texte relatif à la bonne foi

Chancellerie du 25 fév. 2015, aux art. 1102 et 1103, ce dernier disposant que : « Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ».

¹⁸³ Cf. *Supra*, n°103.

¹⁸⁴ Anc. art. 1134 al. 3 C. civ. : « [Les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ».

¹⁸⁵ Art. 1104 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 : « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».

¹⁸⁶ Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. préf. G. Couturier, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 208, 1989, n°56.

¹⁸⁷ *Idem*, n°14.

¹⁸⁸ *Idem*, n°65.

¹⁸⁹ *Idem*, n°62-1.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso éditions, coll. Droit civil, 2015, n°764 ; B. Fages : *Droit des obligations*, 5^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso éditions, coll. Manuels, 2015, n°274, où l'auteur estime que la loyauté consiste à « s'abstenir d'un certain nombre d'attitudes manifestement déloyales », et interdit de se contredire au détriment d'autrui, c'est-à-dire « une action contraire aux déclarations et comportements antérieurs si cela déjoue l'anticipation de l'autre ».

¹⁹² Sur ce point, cf. *Supra*, n°105.

¹⁹³ Cf. art. 8 de la loi n°2015-177 du 16 fév. 2015, précité.

¹⁹⁴ Cf. art. 1104 C. civ. précité ; reprenant l'art. 1103 du Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 fév. 2015 : « Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi », ce texte peut être vu comme remplaçant l'actuel art. 1134 al. 3, mais, s'il précise que l'exigence

pouvait pourtant, dans sa rédaction, apparaître comme « minimaliste »¹⁹⁵, et ne permet pas la consécration des devoirs que la doctrine a construits en se basant sur la bonne foi¹⁹⁶. Le texte nouveau maintient l'exigence de bonne foi, qui est « malléable, souple et adaptable »¹⁹⁷. Le terme de « loyauté » demeure par ailleurs absent, du Code civil, à l'issue de la réforme de 2016. L'exigence de bonne foi ne peut donc être vue comme se traduisant en exigences spécifiques entre contractants. Elle demeure une norme générale de comportement, mais ne peut être vue comme permettant en toutes circonstances de garantir la loyauté entre contractants. Le droit spécial que constitue le droit des pratiques restrictives de concurrence intervient alors pour compléter le droit commun des contrats, en précisant les pratiques qui s'analysent comme contraires à une exigence particulière de loyauté ou de bonne foi, exigence qui peut apparaître comme plus stricte qu'en droit commun, puisqu'elle se trouve à la fois plus encadrée et plus sanctionnée. La sanction, au sein des contrats, des clauses qui mettent en place une pratique restrictive de concurrence intervient alors en complément de l'exigence de loyauté du droit commun qui pourrait ne pas permettre une telle sanction, et permet de venir donner davantage de contenu contraignant à la loyauté. Le droit des pratiques restrictives de concurrence intervient alors en matière de clauses des contrats conclus entre professionnels, en complément du droit commun, celui-ci ne contenant pas ce type de dispositions.

444. Le parachèvement de la complémentarité entre droit de la concurrence et droit commun des contrats. La complémentarité entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence permet à ce dernier de trouver toute sa place en tant que droit spécial, aux côtés du droit des pratiques anticoncurrentielles¹⁹⁸. Elle permet en outre de venir parachever la complémentarité entre droit commun des contrats et droit de la concurrence

de bonne foi s'étend de la formation à l'exécution, il faut reconnaître qu'il n'apporte pas de révolution textuelle quant à l'exécution des contrats de bonne foi.

¹⁹⁵ M. Mekki : « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015, p. 816, spéc. n°44.

¹⁹⁶ Cf. *Supra*, n°95 et s., et notamment les devoirs de coopération et de collaboration.

¹⁹⁷ N. Blanc : « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal., 30 avr. 2015, n°120, p.3, spéc. n°6.

¹⁹⁸ La complémentarité du droit de la concurrence et du droit des obligations constitue la seconde partie de la thèse de M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibl. des thèses, 2004, mais l'auteur y affirme que le droit commun doit permettre de limiter le droit de la concurrence à la prohibition des seules pratiques anticoncurrentielles (n°576 et s.), en excluant les prohibitions *per se* que constituent des pratiques restrictives de concurrence (n°581 et s.), ainsi que les dispositions qui ont pour objectif la protection des contractants, dispositions qui devraient figurer dans le droit commun (n°627 et s. et n°777 et s. spéc. n°796). Le droit commun des obligations devrait alors, selon l'auteur, être réformé en se basant sur les apports du droit de la concurrence (n°771 et s.). Le raisonnement conduit alors à exclure du droit spécial les pratiques restrictives de concurrence, avec en filigrane l'affirmation selon laquelle le droit commun renouvelé suffit à sanctionner les pratiques qui y sont sanctionnées.

démontrée par un auteur¹⁹⁹, en adjoignant à la complémentarité entre un droit de la concurrence réduit au droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit commun des obligations, la complémentarité entre le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit commun des obligations qui ne peut contenir les dispositions spécifiques relatives à la loyauté entre contractants professionnels qui font l'objet de cette matière. Au-delà de ce parachèvement de la complémentarité entre droit commun des obligations et droit de la concurrence, il s'agit également de l'affirmation du droit des pratiques restrictives de concurrence au sein du ou des droits de la concurrence. En effet, alors que l'auteur qui a démontré la complémentarité entre les deux matières en a déduit un droit de la concurrence réduit au droit des pratiques anticoncurrentielles, et un droit commun des obligations augmenté de certaines dispositions des pratiques restrictives de concurrence, il semble qu'il faille reconsidérer cette répartition. Le droit commun des contrats, même réformé, ne semble pas être le mieux à même de contenir des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence lorsque celles-ci sont mises en œuvre entre contractants professionnels²⁰⁰. Le droit des pratiques restrictives de concurrence demeure un droit spécial, faisant partie des droits de la concurrence, et venant compléter le droit commun. Ce droit existe aux côtés du droit des pratiques anticoncurrentielles et vient, à l'instar de ce dernier, compléter le droit commun des contrats. Finalement, la complémentarité entre le droit de la concurrence et le droit commun des obligations devient totale, puisque, déjà démontrée en matière de pratiques anticoncurrentielles, celle-ci semble également exister en matière de pratiques restrictives de concurrence. Il s'ensuit que la loyauté découlant de la bonne foi en droit commun peut être complétée par le droit des pratiques restrictives de concurrence, par la sanction d'un certain nombre de pratiques qui y sont contraires, de même que cette même loyauté peut être complétée par le droit de la consommation, par la sanction d'un certain nombre de pratiques qui y sont contraires²⁰¹.

¹⁹⁹ Cf. M. Chagny : *op. cit., loc. cit.*

²⁰⁰ V. *contra* : J. Mestre : « La réforme projetée du droit français des contrats », RLDC, déc. 2015, n°132, supplément : « Actes des rencontres Lamy droit civil », Montpellier, 25 sept. 2015, p. 6-11, où l'auteur semble se poser la question de la suppression de l'article L. 442-6, à tout le moins pour sa disposition I, 2° relative au déséquilibre significatif, alors que le projet de réforme de droit des obligations contient une disposition relative aux clauses abusives ; M. Chagny : « Droit commun et droits spéciaux », in Colloque : *Réforme du droit commun des contrats et droit de la distribution*, Lille, 2016, dir. G. Chantepie et N. Dissaux, à paraître, où l'auteur admet se poser la question de l'utilité de l'art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, à l'issue de la réforme du droit des obligations, qui consacre notamment une sanction des clauses qui, dans les contrats d'adhésion, créent entre les droits et obligations des parties, un déséquilibre significatif, et dont le raisonnement aboutit à le considérer comme demeurant utile en raison des spécificités procédurales qu'il prévoit ; Sur ce point, Cf. *Infra*, n°459 et s.

²⁰¹ Cf. la sanction des pratiques commerciales déloyales en droit de la consommation, prévue par la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs et codifiée aux art. L. 120-1 et s. C. conso. Ces pratiques sont déloyales au sens du droit de la consommation, droit spécial qui vient compléter le droit commun, en donnant un contenu plus précis et plus strict à l'exigence de loyauté dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, par rapport aux autres

445. Une exigence de loyauté renforcée entre contractants professionnels par rapport au droit commun. L'exigence de loyauté entre contractants professionnels qui ressort de la prohibition des pratiques restrictives de concurrence qui prennent la forme de clauses contractuelles apparaît plus stricte qu'en droit commun. A l'exigence générale de bonne foi dans l'exécution du contrat qui est prévue en droit commun, le droit des pratiques restrictives de concurrence ajoute un certain nombre d'exigences particulières. La loyauté en ressort renforcée dans les contrats conclus entre professionnels puisque certaines pratiques qui y contreviennent et qui prennent la forme de clauses ou de comportements suivis par l'un des contractants peuvent être sanctionnées sur ce fondement. Ces pratiques ne sont pas nécessairement sanctionnées en droit commun. En effet, seule une pratique restrictive de concurrence qui prend la forme d'une clause tend à être sanctionnée en droit commun, le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties²⁰². Cette sanction en droit commun n'a d'ailleurs pas pour effet de rendre caduque la disposition spéciale, en ce que celle-ci apparaît plus large²⁰³, et en ce que le droit spécial prévoit un certain nombre de sanctions spécifiques²⁰⁴. Les autres pratiques restrictives de concurrence qui peuvent prendre la forme d'une clause ne sont nullement prévues en droit commun, d'où la nécessité pour le droit des pratiques restrictives de concurrence de préciser les pratiques qui contreviennent à l'exigence de loyauté entre contractants professionnels, et de les sanctionner. La loyauté, même analysée comme un principe général du droit des obligations peut ainsi être complétée par des droits

contrats. Sur ce point, Cf. *Infra*, n°446 et s. ; V. aussi : P. Brunswick : « Présence du devoir de loyauté dans la loi », in Dossier : *Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée*, Cah. dr. ent., 2016, dossier 1 et s. spéc. dossier 2, où l'auteur relève les dispositions qui contiennent un devoir de loyauté, et parmi elles, en particuliers certaines dispositions du droit de la consommation, mais ne mentionne pas le droit des pratiques restrictives de concurrence.

²⁰² Art. 1171 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite » ; *Adde* : art. 1169 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 25 fév. 2015 : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée » ; Sur cet article, v. not. : G. Chantepie : « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », AJCA, 2015, p. 121 ; S. Le Gac-Pech : « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? » P. Aff., 24 sept. 2015, n°191, p. 4 ; M. Chagny : « La généralisation des clauses abusives (articles 1168 et 1169 du Code civil) », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, colloque, dir. P. Stoffel-Munck, 8 avril 2015, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 47-59 ; L. Gratton : « Les clauses abusives en droit commun des contrats », D. 2016, p. 22 ; J. Mestre : « La réforme projetée du droit français des contrats », précité.

²⁰³ Le droit des contrats prévoit, dans l'al. 2 de l'art. 1171 que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation », une précision qui n'existe pas en droit des pratiques restrictives de concurrence. De même, le droit des pratiques restrictives de concurrence ne se limite pas à une clause créant un déséquilibre significatif, puisque la pratique sanctionnée est la création dudit déséquilibre, qui peut résider dans plusieurs clauses, ou même dans un comportement d'un contractant, par exemple lors de la conclusion du contrat. Aussi, et surtout, le droit des pratiques restrictives de concurrence ne limite pas la prohibition de cette pratique aux seuls contrats d'adhésion.

²⁰⁴ Le droit des pratiques restrictives de concurrence prévoit par exemple le prononcé d'une amende civile, mais aussi, et surtout l'engagement de la responsabilité civile délictuelle de celui qui a créé le déséquilibre significatif.

spéciaux, parmi lesquels le droit des pratiques restrictives de concurrence pour les clauses qui mettent en place des pratiques restrictives de concurrence entre contractants, mais aussi le droit de la consommation, qui prévoit une exigence de loyauté renforcée dans les relations entre professionnels et consommateurs. L'exigence générale du droit commun ne permet pas, dans ce domaine comme dans celui des relations entre professionnels, d'atteindre un certain nombre de comportements qui peuvent être mis en place au détriment des consommateurs. Le droit de la consommation, comme le droit des pratiques restrictives de concurrence vient alors suppléer le droit commun, qui ne permet pas d'atteindre un certain nombre de pratiques se produisant à l'occasion de contrats et qui sont critiquables. Finalement, l'exigence de loyauté entre contractants professionnels vient stigmatiser des pratiques qui sont déloyales, tout comme en droit de la consommation. Cependant, il convient de ne pas confondre entre ces deux droits spéciaux, qui tendent à atteindre des pratiques commerciales déloyales, entre professionnels ou entre professionnels et consommateurs.

B. L'identité mesurée avec la loyauté du droit de la consommation.

446. Pratiques commerciales déloyales B to C et B to B. L'affirmation de l'objectif de loyauté de la contestation des clauses qui apparaissent comme des pratiques restrictives de concurrence ne peut aller sans évoquer les pratiques commerciales déloyales qui sont sanctionnées en droit de la consommation, dans les rapports entre professionnels et consommateurs²⁰⁵. Il est possible de suivre le raisonnement selon lequel les pratiques restrictives de concurrence caractérisées dans un contexte contractuel entre professionnels satisfont à l'objectif de loyauté, et pourraient donc être nommées pratiques déloyales entre professionnels, soit une dénomination quasiment identique à celle connue en droit de la consommation, de pratiques commerciales déloyales. Il n'y aurait alors plus d'obstacles à étendre dans les relations entre professionnels les pratiques commerciales déloyales du droit de la consommation, en adoptant une définition générale et en prévoyant un certain nombre de pratiques présumées déloyales. L'extension entre professionnels des pratiques commerciales déloyales semble d'ailleurs sur le point de se réaliser au niveau européen²⁰⁶. Cette extension

²⁰⁵ Pour rappel, l'art. L. 121-1 C. conso. (Cf. avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 120-1) prévoit que : « Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ».

²⁰⁶ V. *Supra*, n°437 ; Sur ce point, v. : R.-M. Zang-Ndong : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation contractuelle*, th. dactyl. Dir. E Blary-Clément, Université de Lille II, 2014, spéc. p. 360 et s. où l'auteur se montre favorable à une consécration des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au niveau européen, dans un texte spécial.

semble en outre particulièrement séduisante, puisqu'elle permet de rapprocher droit de la consommation et droit des pratiques restrictives de concurrence. Cependant, il convient de relever, avant d'adopter en droit des pratiques restrictives de concurrence l'expression consumériste, qu'un certain nombre d'obstacles sont de nature à empêcher de confondre entre les deux types de pratiques (1) et que seul un travail législatif pourra entreprendre de les lever (2).

1. Les obstacles à la qualification de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

447. La différence de méthode. Malgré la volonté européenne de légiférer en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels²⁰⁷ et, par ce biais, d'agir en matière de ce que le droit interne français nomme les pratiques restrictives de concurrence, il semble que cette qualification issue du droit de la consommation ne puisse être étendue entre professionnels sans être dénaturée. En effet, la méthode adoptée en droit de la consommation par la directive de 2005 est construite en une règle générale de prohibition des pratiques commerciales déloyales²⁰⁸, suivie d'une liste de pratiques qui sont présumées²⁰⁹ être des pratiques commerciales déloyales, qu'elles soient trompeuses²¹⁰ ou agressives²¹¹. La liste des pratiques présumées déloyales n'est nullement limitative, et il est toujours possible de démontrer devant un juge qu'une pratique qui ne figure pas dans cette liste, voire qui ne peut pas être qualifiée de pratique trompeuse ou agressive, est une pratique commerciale déloyale. Pour cela, il conviendra de démontrer que la pratique critiquée, mise en place par un professionnel au détriment d'un consommateur, entre dans la définition des pratiques commerciales déloyales. Cette méthode ne se retrouve pas entre professionnels au niveau interne. Les pratiques restrictives de concurrence peuvent être vues comme une liste de pratiques interdites *per se*, mais ne font pas l'objet d'une définition générale. En revanche, l'intervention européenne en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels semble aller dans un sens contraire, et d'une certaine manière, plus proche du droit de la

²⁰⁷ *Idem.*

²⁰⁸ Cf. art. 5 de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, codifié à l'art. L. 121-1 C. conso.

²⁰⁹ Pour certaines de ces pratiques, la présomption est irréfragable, Cf. Annexe I de la directive 2005/29/CE.

²¹⁰ Cf. art. 6 et 7 de la directive 2005/29/CE, et liste des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances en raison de leur caractère de pratique commerciale trompeuse, Annexe 1 de la directive, codifiés à l'art. L. 121-4 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-1 et L. 121-1-1 C. conso.).

²¹¹ Cf. art. 8 de la directive 2005/29/CE et liste des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances en raison de leur caractère de pratique commerciale agressive, Annexe 1 *in fine* de la directive, codifiés à l'art. L. 121-7 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 122-11 et L. 122-11-1 C. conso.).

consommation, puisque les travaux préparatoires montrent qu'il s'agit en premier lieu de définir les pratiques commerciales déloyales²¹², puis potentiellement de dresser une liste de pratiques qui pourront être présumées déloyales en toutes circonstances²¹³. La méthode n'est donc pas exactement identique dans les relations entre consommateurs et professionnels et dans les relations entre professionnels. Pour autant, l'obstacle de la différence de méthode ne demeure pas le plus important obstacle à la qualification des pratiques restrictives de concurrence qui prennent la forme de clauses en pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

448. La différence du moment de l'appréhension des pratiques. Les pratiques commerciales déloyales mises en œuvre entre professionnels et consommateurs ne sont sanctionnées qu'en dehors d'un contexte contractuel, alors qu'entre professionnels, les pratiques restrictives de concurrence qui prennent la forme d'une clause sont des pratiques qui sont sanctionnées uniquement dans un contexte contractuel. L'un des obstacles à la réunion de l'ensemble de ces pratiques sous un vocable commun est ainsi plus fondamental, et réside dans le moment de survenance des pratiques. Le droit de la consommation distingue clairement entre les pratiques commerciales déloyales qui sont mises en œuvre pour convaincre un consommateur de conclure un contrat, et les clauses abusives, qui peuvent être contenues dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs²¹⁴. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, quant à lui, n'adopte pas cette distinction, et a vocation à sanctionner des pratiques qui peuvent survenir à l'occasion d'un contrat, comme celles qui prennent la forme de clauses, ou en dehors de tout contexte contractuel, comme par exemple la pratique de revente à perte²¹⁵. A cet égard, il est frappant, en relevant les ressemblances entre le

²¹² Cf. *Supra*, n°437 ; V. not. Livre vert du 31 janv. 2013 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, COM (2013) 37 final, spéc. p. 4 : « Les pratiques commerciales déloyales sont des pratiques qui s'écartent manifestement de la bonne conduite commerciale et sont contraires aux principes de bonne foi et de loyauté » ; v. aussi, p. 8 où des exemples sont cités.

²¹³ V. : les types de pratiques commerciales déloyales qui sont visées dans le Livre vert du 31 janv. 2013, p. 20 et s. ; Sur ce point, les dernières publications sont moins précis, même s'il est possible de déduire du Projet de rapport du Parlement européen du 6 juill. 2015 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI)) qu'une liste de pratiques interdites pourra être mise en place. En effet, l'exposé des motifs insiste sur le fait que « Les méthodes consistant à inciter les entreprises à renoncer à l'usage des pratiques commerciales déloyales tendent à réduire l'ampleur de ce problème mais ne permettent pas de le résoudre [...] Il convient de prendre des mesures fortes et cohérentes afin d'éliminer une fois pour toutes les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire dans l'Union [...] Les pratiques commerciales déloyales doivent être clairement définies et interdites sous peine de sanctions ».

²¹⁴ Le Livre 1^{er} du Code de la Consommation s'organise en plusieurs titres, le premier relatif à l'information des consommateurs, le deuxième relatif aux pratiques commerciales, et le Livre II concerne la formation et l'exécution des contrats, et contient en particulier les règles relatives aux clauses abusives.

²¹⁵ Prohibée par l'art. L. 442-2, la revente à perte ne peut être considérée comme s'inscrivant nécessairement dans un contexte contractuel entre l'auteur de la pratique et la victime.

texte prohibant les clauses abusives entre professionnels et consommateurs et le texte sanctionnant la pratique de déséquilibre significatif entre professionnels²¹⁶, de constater qu'entre professionnels, il s'agit d'une pratique restrictive de concurrence, alors qu'entre professionnels et consommateurs, il ne s'agit pas d'une pratique commerciale déloyale. Les pratiques visées par le droit de la consommation précèdent ainsi, sur une échelle de temps, celles qui sont prévues par le droit des pratiques restrictives de concurrence, en particulier lorsqu'il s'agit de la qualification d'une clause contractuelle.

449. La différence de champ d'application. Un autre obstacle est celui de la délimitation des domaines des différentes législations. Les pratiques commerciales déloyales prévues par le Code de la consommation sont ainsi parfois applicables entre professionnels²¹⁷, alors que les consommateurs peuvent être vus comme des victimes de certaines pratiques restrictives de concurrence²¹⁸, et peuvent d'ailleurs, *via* les associations de consommateurs, signaler ces pratiques à la CEPC²¹⁹. L'identité terminologique entre les pratiques mises en place par des professionnels au détriment de consommateurs et celles qui sont mises en place au détriment d'autres professionnels ne va ainsi pas nécessairement de soi, et implique qu'un certain nombre d'obstacles soient levés. Elle demeure néanmoins plus adaptée à la qualification des actuelles pratiques restrictives de concurrence, puisque permettant de retirer la référence à la concurrence, et de la remplacer par celle de la loyauté, plus adaptée à l'objectif de ces pratiques.

2. La levée des obstacles à la qualification de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

450. Double modification des législations. Les obstacles à l'extension de la qualification de pratiques commerciales déloyales entre professionnels ne peuvent être surmontés que par une double modification des réglementations actuelles, qui semble pouvoir n'avoir lieu qu'au niveau européen. En effet, les pratiques commerciales déloyales entre

²¹⁶ Respectivement art. L. 212-1 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 132-1 C. conso.) et L. 442-6, I, 2° C. com.

²¹⁷ V. par ex. : les pratiques commerciales trompeuses (art. L. 121-5 C. conso. prévoit expressément que les dispositions relatives à ces pratiques sont applicables lorsque la pratique vise un professionnel) ; concernant la publicité par voie électronique, art. L. 122-10 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, anc. art. L. 121-15-3 C. conso.) qui prévoit que ces dispositions sont applicables entre professionnels.

²¹⁸ Not. concernant la pratique de revente à perte, mais aussi concernant la pratique visant à refuser la mention d'un fabricant pour un produit sous marque distributeur qui va dans le sens de l'information du consommateur (art. L. 442-6, I, 10° C. com.), ainsi que la pratique qui consiste à ne pas respecter les règles relatives à la publicité sur les produits alimentaires périssables prévues par l'art. L. 441-2 (art. L. 442-6, I, 11° C. com.).

²¹⁹ Art. L. 440-1, IV C. conso.

professionnels et consommateurs font d'ores et déjà l'objet d'une directive d'harmonisation maximale, et les pratiques déloyales entre professionnels font l'objet de l'attention de l'Union européenne depuis quelques années.

451. Modification de la législation relative aux pratiques mises en œuvre entre professionnels. Concernant les pratiques déloyales qui sont mises en œuvre entre professionnels, celles-ci devraient bientôt faire l'objet d'une définition²²⁰, et ainsi d'une règle générale d'interdiction, permettant de les rapprocher de la méthode suivie en matière consumériste. Néanmoins, l'Union européenne tend à limiter son action aux pratiques entre professionnels cocontractants qui sont mises en œuvre dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises²²¹. Alors que le Livre vert relatif aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels publié en 2013 semblait viser les pratiques commerciales déloyales entre contractants ou plus largement, à l'occasion d'un contrat²²², et dans tous les secteurs d'activité²²³, les publications plus récentes se restreignent à la chaîne d'approvisionnement alimentaire, et aux professionnels contractants²²⁴. La règle générale concernant les pratiques commerciales déloyales entre professionnels risque ainsi de n'être qu'une règle sectorielle, qui s'appliquerait d'abord dans le secteur de la distribution des produits alimentaires. Cette approche n'a pas été suivie en droit interne français. Certes, nombre de pratiques restrictives de concurrence ont été créées par le législateur en considération de la situation des rapports entre fournisseurs et distributeurs dans la chaîne de

²²⁰ Cf. les publications de l'Union européenne dans ce domaine qui tendent vers une définition générale des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, et en particulier : Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, précité, *loc. cit.* ; Communication de la Commission du 15 juill. 2014 lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises, p. 2 ; et le projet de rapport du parlement européen sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, précité, *loc. cit.* ; Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 29 janv. 2016, COM (2016) 32 final.

²²¹ Cf. : Communication de la Commission du 15 juil. 2014, précité ; Sur celle-ci : M. Chagny : « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des « petits pas » », RTD Com., 2014, p. 571 ; Projet de rapport du Parlement européen, 6 juil. 2015, précité ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité.

²²² Le livre vert du 31 janv. 2013 vise ainsi les « pratiques commerciales déloyales exercées lors de négociations précontractuelles et qui sont ensuite intégrées dans les clauses contractuelles » (p. 7), ainsi que les pratiques imposées lors de la phase post-contractuelle (p. 8).

²²³ Le livre vert du 31 janv. 2013 est intitulé « sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe » et tend ainsi à viser les pratiques qui sont mises en œuvre dans l'ensemble du secteur de la distribution, et vise par exemple des pratiques dans les secteurs de l'ameublement ou du textile (p. 6).

²²⁴ Cf. l'emploi du terme de « partenaire commercial » dans la Communication de la Commission de 2014, relevé par M. Chagny : « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels », précité ;

distribution des produits alimentaires²²⁵, mais cela n'empêche pas la matière d'atteindre d'autres secteurs d'activités, grâce à un champ d'application plus large, dont la principale vertu est d'éviter les débats sur l'applicabilité des règles aux situations qui, en étant proches de la distribution alimentaire, n'en font pas à proprement parler partie²²⁶. Il aurait été souhaitable que l'action de l'Union européenne s'étende à tout le secteur de la distribution, afin d'atteindre les pratiques commerciales déloyales, même si celles-ci sont mises en œuvre dans des secteurs différents de celui de l'alimentaire. L'ambition semble moindre que celle qui avait présidé à l'élaboration de la directive de 2005, prohibant les pratiques commerciales déloyales dans les relations entre professionnels et consommateurs²²⁷. Cette directive permet la lutte contre ces pratiques sans considération du secteur d'activité du professionnel qui les exerce. Il est possible de regretter qu'en s'appêtant à consacrer les pratiques commerciales déloyales entre professionnels, l'Union européenne ne paraisse pas montrer la même ambition, ce qui pourra avoir pour effet de laisser non-harmonisées les pratiques commerciales déloyales qui sont exercées entre professionnels dans les autres secteurs que celui de l'alimentaire.

452. Modification de la législation relative aux pratiques commerciales déloyales mises en œuvre entre professionnels et consommateurs. L'enjeu d'une qualification unique de pratiques commerciales déloyales pour les pratiques déloyales qui sont mises en œuvre entre professionnels et entre professionnels et consommateurs pouvait sembler être sans incidence sur les pratiques consuméristes. Ces pratiques, bien connues et harmonisées depuis 2005, peuvent, de prime abord, ne servir que de modèle à l'action européenne en matière de pratiques entre professionnels. Pourtant, la levée de l'obstacle relatif au moment de l'appréhension des pratiques ne paraît pouvoir avoir lieu qu'en modifiant la réglementation consumériste. En effet,

²²⁵ Cf. les rapports qui ont précédé certaines lois importantes de ce domaine, et qui détaillent la situation dans la chaîne de distribution alimentaire française : C. Vilain : *Rapport sur les relations entre l'industrie et la grande distribution*, Ministère de l'économie, 1995 ; J.-Y. Le Déaut : *Rapport d'information sur l'évolution de la distribution*, Assemblée nationale, Commission de la production et des échanges, conclusions des travaux d'une mission d'information parlementaire présidée par J.-P. Charié, 2000 ; P. Rey, J. Tirole : *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, rapport du Conseil d'analyse économique, Paris : La documentation française, 2000 ; G. Canivet : *Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce*, Paris : La Documentation française, coll. des rapports officiels, 2004 ; M.- D. Hagelsteen : *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, Paris : XO éditions, Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, 2008.

²²⁶ Il est possible de penser, sur ce point, à l'ensemble des produits non-alimentaires qui sont proposés à la vente par les distributeurs de produits alimentaires, et notamment par exemple les produits d'hygiène, de parapharmacie, de textile, ou même les produits culturels, dont on peut se demander si les pratiques commerciales déloyales mises en œuvre par le distributeur dans ce domaine pourront être critiquées sur le fondement de la réglementation européenne en raison de la théorie de l'accessoire (selon le raisonnement suivant : l'activité principale du distributeur est la distribution de produits alimentaires, et la distribution d'autres produits par le même distributeur constitue un activité accessoire), ou si elles ne pourront être critiquées que sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence interne.

²²⁷ Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005, précitée.

dans ce domaine, les pratiques commerciales déloyales ne peuvent prendre la forme de clauses contractuelles, alors même que les pratiques qui prennent une telle forme sont les principales pratiques sur lesquelles travaille l'Union entre professionnels. Cela s'explique par une réglementation fragmentée entre d'une part les clauses abusives²²⁸, et d'autre part, les pratiques commerciales déloyales, les premières étant appréhendées au sein des contrats, les secondes, avant la conclusion d'un contrat. Cette dichotomie semble ne s'expliquer qu'en raison de l'existence de deux directives, puisque les clauses abusives pourraient être qualifiées de pratique commerciale déloyale²²⁹. La définition de la directive de 2005 semble permettre d'englober les clauses abusives²³⁰. Un auteur a d'ailleurs démontré que les clauses abusives pourraient être assimilables à une pratique commerciale agressive, au sens de la directive de 2005²³¹, en raison de l'exercice, par le professionnel, d'une influence injustifiée à l'égard du consommateur²³². L'auteur poursuit son raisonnement qui conduit à qualifier les clauses abusives de pratiques commerciales déloyales en précisant qu'il est expressément prévu que le caractère abusif des clauses s'apprécie « au moment de la conclusion du contrat »²³³, soit en référence au « contexte entourant la conclusion du contrat »²³⁴, le « comportement du professionnel »²³⁵ conduisant à la stipulation d'une clause abusive pouvant être vue comme une pratique commerciale déloyale. Il faut replacer ce raisonnement dans le contexte de la jurisprudence qu'il commente, qui conduit à l'inapplicabilité de la directive relative aux clauses abusives aux contrats qui ont fait l'objet d'une négociation. L'auteur vient expliquer

²²⁸ Les clauses abusives font l'objet de la directive 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

²²⁹ Sur ce point, v. : M. Béhar-Touchais : « Rapport conclusif » in Colloque : *Droit européen des pratiques commerciales déloyales. Evolution et perspectives*, dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 177-195, spéc. n°7 et 28 et L'auteur précisant que cela nécessite de retenir un sens large pour l'expression « pratique commerciale déloyale ».

²³⁰ La pratique commerciale déloyale est définie par l'art. 5 de la directive 2005/29/CE comme une pratique qui est « contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qui altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse ».

²³¹ K. Jakouloff : « Des clauses abusives aux pratiques commerciales déloyales : deux directives complémentaires », P. Aff., 10 juin 2015, n°115, p. 18, note CJUE, 15 janv. 2015, aff. C-537/13.

²³² Pour reprendre le raisonnement de l'auteur : Art. 8 de la directive 2005/29/CE : « Une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement » ; Art. 2, j) de la même directive : « Influence injustifiée : utilisation d'une position de force vis-à-vis du consommateur de manière à faire pression sur celui-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de le faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative ».

²³³ K. Jakouloff : *op. cit.*, l'auteur citant l'art. L. 132-1 al. 5 C. conso. qui transpose l'art. 4 de la directive 93/13/CEE précitée.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*.

que la directive de 2005 peut alors intervenir en complément de celle de 1993, en venant la suppléer, notamment pour les clauses abusives qui seraient contenues dans des contrats qui ont été négociés, et qui ne pourraient être critiquées que sur le fondement des pratiques commerciales déloyales. Il n'en demeure pas moins que l'auteur permet de pointer du doigt la problématique posée par la présence de deux directives différentes.

La directive de 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales paraît à même de contenir des dispositions relatives aux clauses abusives. Les clauses abusives seraient alors qualifiées, comme les autres pratiques, de pratiques commerciales déloyales, précision faite que la pratique prendrait la forme d'une clause, ce que la définition desdites pratiques n'empêche nullement. Alors que les pratiques commerciales déloyales entre professionnels, qui s'apprêtent probablement à être consacrées en droit de l'Union européenne²³⁶ prennent souvent la forme d'une clause, la consécration des clauses abusives en tant que pratiques commerciales déloyales permettrait de parachever l'unification des deux types de pratiques commerciales déloyales. La distinction actuelle qui consiste à séparer la phase de négociation du contrat et sa conclusion paraît assez artificielle, puisque la clause abusive est appréciée relativement aux circonstances entourant la conclusion du contrat, et donc relativement à sa négociation. Quant aux pratiques commerciales déloyales, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient critiquées devant un juge une fois le contrat conclu, parfois même lorsque ledit contrat permet de matérialiser la pratique²³⁷. Il semble ainsi que la directive de 2005, si large soit elle, n'ait pas tiré l'ensemble des conséquences de son champ d'application, en intégrant en son sein le contenu de la directive de 1993 relative aux clauses abusives. Cet oubli saute d'autant plus aux yeux que la consécration des pratiques commerciales déloyales entre professionnels implique la description de nombre de pratiques qui prennent la forme d'une clause. Une modification de la directive serait ainsi bienvenue, en ce qu'elle permettrait de qualifier les clauses abusives de pratique commerciale déloyale. Rien n'empêche, en annexe, de reproduire les différentes listes de clauses présumées abusives qui sont contenues dans l'annexe de la directive de 1993. En tout état de cause, l'avènement d'une notion unique de pratiques commerciales déloyales, à même de s'appliquer tant entre professionnels qu'entre professionnels et consommateurs nécessite à la fois la création de règles applicables entre professionnels, mais aussi la clarification des

²³⁶ Cf. : Rapport de la Commission du 29 janv. 2016 qui peut passer pour repousser cette consécration, mais incite en réalité l'ensemble des états membres à prévoir une législation dans ce domaine, avant de statuer sur la question de la nécessité ou non d'une consécration au niveau européen.

²³⁷ Même si cette conclusion n'est pas indispensable à la caractérisation d'une pratique restrictive de concurrence, la conclusion d'un contrat avec un professionnel peut permettre d'apporter la démonstration de l'altération du comportement économique du consommateur, qui permet la qualification en pratique restrictive de concurrence, et il est possible de concevoir qu'une des clauses de ce contrat, en étant abusive, matérialise également l'altération du comportement économique du consommateur, soit une pratique commerciale déloyale.

règles consuméristes, en particulier s'agissant de la possible qualification de pratiques commerciales déloyales des clauses abusives.

453. Conclusion du paragraphe. La loyauté entre contractants professionnels apparaît comme l'objectif de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. L'affirmation de cet objectif de loyauté permet d'asseoir le droit des pratiques restrictives de concurrence comme complémentaire au droit commun des contrats. La qualification de certaines clauses de contrats conclus entre professionnels en pratiques restrictives de concurrence permettent en outre d'instaurer entre professionnels une loyauté renforcée, et plus stricte que celle qui est prévue par le Code civil, puisque permettant la critique de certaines clauses contractuelles, si elles mettent en place des pratiques restrictives. Au-delà du caractère renforcé de la loyauté, l'affirmation de cet objectif permet également de dénommer ces pratiques sous l'appellation « pratiques déloyales », qui semble mieux à même de traduire la réalité, en particulier dans un contexte contractuel, que l'expression de pratiques restrictives de concurrence, dont la présence du terme concurrence s'explique assez mal entre contractants. L'expression de « pratiques commerciales déloyales » n'est d'ailleurs pas inconnue du droit, et existe en droit de la consommation, même s'il faut immédiatement préciser qu'il s'agit de deux réalités différentes. L'Union européenne montre sa volonté d'agir en matière de pratiques commerciales déloyales entre contractants professionnels, alors que le texte consumériste est également issu d'une directive européenne. L'objectif de loyauté est ainsi partagé entre les deux matières. Pour autant, la dénomination de l'ensemble de ces pratiques sous le vocable commun de pratiques commerciales déloyales ne peut se faire qu'après une double modification des législations européennes, qui, seule, permettrait d'unifier la notion. Une définition de ces pratiques entre professionnels, ainsi qu'une liste de pratiques réputées déloyales serait ainsi bienvenue, tandis que devrait être consacrée, entre professionnels et consommateurs, la qualification de pratiques commerciales déloyales dans un contexte contractuel, soit en d'autres termes la qualification de pratique commerciale déloyale des clauses abusives, dont le maintien dans un texte spécifique s'explique difficilement depuis la directive de 2005. L'unification de la notion n'empêche cependant pas de maintenir les spécificités de chaque matière, qui ne seraient pas confondues, même en partageant un objectif commun de loyauté. Une définition proche des pratiques commerciales déloyales²³⁸ n'empêche

²³⁸ La définition des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, telle qu'elle ressort des dernières publications de l'Union européenne les désigne comme des « pratiques qui s'écartent manifestement de la bonne conduite commerciale et qui sont contraires aux principes de bonne foi et de loyauté », alors que la définition consumériste prévoit que les pratiques commerciales déloyales sont des « pratiques qui sont contraire aux

pas non plus que les pratiques commerciales présumées déloyales entre professionnels et consommateurs soient différentes de celles exercées entre professionnels.

454. Conclusion de la section. La contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence participe de la lutte contre la déloyauté. Ainsi, au niveau européen, ainsi que dans certaines des législations internes des états membres, l'objectif de loyauté de la contestation des clauses que le droit français qualifie de pratiques restrictives de concurrence est clairement affirmé. En droit français, une partie de la doctrine se fonde sur la lutte contre la déloyauté du droit des pratiques restrictives de concurrence pour affirmer qu'il s'agit d'applications de la concurrence déloyale. Pour autant, cette affirmation ne semble pas résister à l'analyse qui montre que la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence a lieu à l'occasion d'un contrat, rapport contractuel qui n'existe pas dans un rapport de concurrence déloyale. De même, la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ne suppose pas nécessairement la démonstration d'un préjudice, alors que cette condition, s'agissant d'une application de la responsabilité civile délictuelle, est indispensable en matière de concurrence déloyale. Il s'ensuit que la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence répond à un objectif de loyauté entre professionnels. Cette loyauté existe en droit commun, mais la matière vient en complément du droit commun, en exigeant une loyauté plus stricte de la part des professionnels, et en sanctionnant de manière précise les pratiques qui sont déloyales, en particulier lorsqu'elles prennent la forme de clauses. L'objectif de loyauté de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence est nettement affirmé dans les projets qu'a l'Union européenne, dans son souhait d'harmoniser les règles relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Il demeure un travail législatif de la part de l'Union européenne pour consacrer ces pratiques, en particulier lorsqu'elles revêtent la forme de clauses contractuelles. La contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence prendrait alors une dimension européenne et changerait de dénomination, en prenant l'appellation de pratiques commerciales déloyales. Les clauses qualifiées de pratiques commerciales déloyales seraient alors sanctionnées sur un fondement européen, du moins dans les relations entre certains professionnels, puisque l'ensemble des secteurs d'activités ne semble pas concerné par l'action de l'Union européenne. Cette appellation a plusieurs

exigences de la diligence professionnelle et qui altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse ». Les deux définitions sont relativement proches, même si la spécificité du droit de la consommation implique d'intégrer dans la définition que la pratique est mise en œuvre par le professionnel au détriment du consommateur, précision qui est absente de la définition des pratiques entre professionnels.

avantages, et en particulier celui de faire disparaître le terme de « concurrence », alors que les pratiques sont notamment exercées dans un contexte contractuel, entre deux ou plusieurs partenaires commerciaux. Toujours intégrées au droit de la concurrence, ces pratiques commerciales déloyales auraient alors une dénomination correspondant davantage à leur contenu, et formeraient une branche à part entière du droit de la concurrence, sortie de l'ambivalence qui caractérisait les pratiques restrictives de concurrence.

455. Conclusion du chapitre. Déjà démontrée quant au régime, l'ambivalence de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence se retrouve lorsqu'on s'attarde sur le résultat de cette contestation. La constatation de ces clauses semble hésiter entre la protection du marché ou la protection des professionnels. Pourtant, l'analyse permet de démontrer que la matière, à l'instar du droit des pratiques restrictives de concurrence dans son ensemble, est indépendante de la protection du marché. Ainsi, l'ensemble du droit de la concurrence, dont les pratiques restrictives de concurrence font partie, ne peut être considéré comme un droit du marché, puisque ces pratiques ne permettent pas de protéger le marché. L'analyse démontre par ailleurs que la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ne parvient pas à accéder à un objectif de protection des professionnels. Souvent affirmé, cet objectif n'est pas atteint par la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, et il arrive souvent que le professionnel reconnu victime de ces pratiques, et pouvant donc être vu comme protégé par la réglementation, soit un professionnel de taille importante, voire une multinationale, ce qui suppose que les entreprises de taille inférieure ne sont pas protégées par ces dispositions, ou ne demandent pas le bénéfice de cette protection. Ainsi, la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, tout comme le droit des pratiques restrictives de concurrence n'est pas un droit de protection des professionnels. En réalité, de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence émerge un objectif différent, qui tend à triompher sur le débat entre protection du marché ou protection des professionnels, l'objectif de garantie de la loyauté entre professionnels, et plus précisément entre contractants professionnels. Cet objectif transparaît en droit interne, mais aussi dans les droits internes de certains états membres de l'Union européenne, et surtout dans l'action de l'Union européenne, dans le domaine des clauses qui mettent en œuvre des pratiques restrictives de concurrence. Cet objectif de loyauté vient en complément du droit commun des contrats, qui contient un objectif d'exécution des contrats de bonne foi, soit une exigence de loyauté, que la réforme du droit des obligations tend à propulser en tant que principe général du droit des obligations. La

sortie de l'ambivalence de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, et même de l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence passe ainsi nécessairement par une affirmation plus nette de leur objectif de loyauté entre professionnels. Ainsi, la dénomination retenue par l'Union européenne, de pratiques commerciales déloyales entre professionnels paraît mieux à même de désigner ces pratiques, et permet de supprimer la référence à la concurrence du droit interne français. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels pourraient alors être articulées sur le modèle des pratiques commerciales déloyales du droit de la consommation, avec une harmonisation européenne, et une transposition au niveau interne d'une définition générale et d'une liste de pratiques présumées déloyales. Cette branche du droit de la concurrence qui n'a pas pour objectif la protection du marché affirmerait son objectif de protection de la loyauté entre professionnels, contractants ou non, aux côtés de la protection de la loyauté entre concurrents que garantit le droit des pratiques anticoncurrentielles, ainsi que la construction jurisprudentielle relative à la concurrence déloyale.

456. Conclusion du Titre 1. L'ambivalence de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence se trouve d'abord dans le régime de cette contestation. Le régime emprunte en effet tant au droit de la concurrence déloyale, en prévoyant l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique, qu'au droit des pratiques anticoncurrentielles, avec de multiples sanctions pouvant être demandées par l'autorité publique. Cette hésitation entre ces deux pans du droit de la concurrence, préexistant à la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence semblait impliquer une nécessité de choix entre l'un ou l'autre. Pour autant, le régime de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ne ressort ni de la concurrence déloyale, ni des pratiques anticoncurrentielles. La sortie de l'hésitation de la matière suppose une confrontation des résultats de la contestation à ses objectifs. La mise en évidence des objectifs de la matière démontre d'ailleurs également toute son ambivalence, puisqu'il semble qu'elle intervienne à la fois pour protéger le marché, mais aussi pour protéger les professionnels. Dégagés en doctrine, ces objectifs ne peuvent être considérés comme atteints par la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. S'agissant de pratiques mises en œuvre à l'occasion d'un contrat, leur contestation ne vient pas protéger le marché. Aussi, lorsqu'il s'agit d'analyser qui sont les professionnels reconnus victimes de ces pratiques en jurisprudence, ceux-ci sont plus proches des grandes entreprises que des petits professionnels vulnérables et supposés dignes de protection. L'objectif de la contestation des

clauses qui mettent en place des pratiques restrictives de concurrence était alors à rechercher ailleurs, et s'incarne en la préservation de la loyauté entre contractants professionnels. La matière vient alors suppléer le droit commun, qui, s'il affirme la loyauté dans l'exécution du contrat via l'exécution de bonne foi des conventions, ne permet pas d'atteindre les faits juridiques déloyaux que sont les pratiques restrictives de concurrence, au sein des actes juridiques aussi efficacement et précisément que le droit des pratiques restrictives de concurrence. L'affirmation de cet objectif de loyauté permet de clarifier le but de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, et de les analyser comme des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La construction consumériste des pratiques commerciales déloyales s'intéresse aux moyens mis en œuvre par des professionnels pour faire contracter un consommateur. Entre professionnels, l'Union européenne ne vise, lorsqu'elle évoque les pratiques restrictives de concurrence, quasiment que les clauses contractuelles qui, entre partenaires commerciaux, les matérialisent, et peuvent ainsi être qualifiées de pratiques commerciales déloyales. La protection de la loyauté est ainsi l'objectif de la réglementation européenne, qui ne se fonde pas sur la protection du marché. L'adoption de ce qualificatif vient éclairer sous un nouvel angle le droit des pratiques restrictives de concurrence dans son ensemble, qui peut être vu comme un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, qui garantit la loyauté entre professionnels, contractants ou à l'occasion d'un contrat. L'adoption de cette expression montre également les carences des pratiques commerciales déloyales du droit de la consommation, qui semblent pouvoir atteindre également des clauses contractuelles. L'affirmation de la loyauté revient également à réaffirmer « une notion consubstantielle à l'existence du droit commercial »²³⁹. Au niveau du droit de la concurrence dans son ensemble, la matière serait avant tout un droit de la loyauté, en ce qu'elle aurait pour objectif d'une part la protection de la loyauté entre concurrents, grâce à la sanction des actes de concurrence déloyale, et des pratiques anticoncurrentielles, et d'autre part la protection de la loyauté entre professionnels, à l'occasion des contrats qu'ils concluent. Cette seconde branche de la matière s'intéresserait ainsi à des partenaires commerciaux, et au respect de la loyauté entre ces partenaires, à l'occasion des contrats qu'ils concluent. Finalement, l'affirmation de l'objectif de loyauté de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence permet à cette contestation de s'intégrer parfaitement au sein du droit de la concurrence, et de venir en complément du droit commun des contrats, en ayant une conception plus stricte de la loyauté, et en sanctionnant

²³⁹ L. Vogel : « Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage ? », in *Liber Amicorum*, Mélanges en l'honneur de P. Merle, Paris : Dalloz, coll. Etudes, mélanges travaux, 2012, p. 745-753, spéc. n°2.

plus précisément les comportements déloyaux entre professionnels que le droit commun n'atteint pas²⁴⁰. Il n'en demeure pas moins que la consécration législative de la contestation des clauses mettant en œuvre des pratiques restrictives de concurrence semble perfectible, d'autant que le souci de loyauté et la contestation des clauses qui, entre professionnels, y contreviennent prend de plus en plus d'importance au niveau européen. Cette meilleure consécration législative dont il ne fait donc plus guère de doute qu'elle adviendra peut alors être l'occasion d'une sortie de l'ambivalence pour la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

²⁴⁰ V. Sur ce point la sanction des clauses abusives prévue, depuis l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, par le nouvel art. 1171 C. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Cette prohibition des clauses abusives ne peut être vue comme recouvrant totalement la pratique restrictive de concurrence de création d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Certaines pratiques commerciales déloyales qui consistent en l'imposition d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties demeurent donc non atteintes par le droit commun, comme par exemple la tentative de soumission à un déséquilibre significatif, la soumission à un déséquilibre significatif relativement au prix de la prestation, expressément exclu du texte de droit commun, mais aussi la soumission à un déséquilibre significatif qui ressort de plusieurs clauses du contrat, ou davantage de la négociation, mais qui n'est pas matérialisé par une seule clause. Le droit commun exclut également la contestation d'un déséquilibre significatif dans un contrat négocié, exclusion qui n'est pas connue du droit spécial.

**TITRE 2 : LA SORTIE DE L'AMBIVALENCE DE LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE
PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE PAR UNE MEILLEURE INTEGRATION
LEGISLATIVE.**

457. Meilleure intégration plutôt que suppression. L'étude de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, à travers les sanctions prévues, les autorités qui peuvent agir, mais aussi les objectifs poursuivis, ont permis de mettre en évidence une ambivalence qui, au-delà de toucher la seule contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, apparaît comme nuisant à l'efficacité du dispositif, dans son entièreté. Ainsi, par exemple, alors que le régime de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence emprunte tant à la concurrence déloyale qu'aux pratiques anticoncurrentielles, il est possible de se demander si la matière ne pourrait pas sortir de son ambivalence en opérant un choix, entre le régime prévu par l'une de ces autres branches du droit de la concurrence, ou en se construisant un régime propre. De même, si la mise en évidence des objectifs de cette contestation semble relativement aisée, la question de savoir si la matière atteint *in fine* ces objectifs apparaît plus complexe, et semble devoir trouver une réponse assez nuancée. Il est alors possible de sentir poindre la question du rôle que pourrait tenir la consécration législative actuelle de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence dans cette ambivalence. En d'autres termes, il conviendrait de se poser la question de l'intégration législative de cette contestation, et des moyens qu'il pourrait exister de l'améliorer. Alors que ces pratiques tendent à apparaître comme des applications du « principe général »¹ de loyauté, il convient probablement d'accorder à ce principe une place plus importante, en particulier dans les relations contractuelles entre professionnels. Une meilleure intégration législative peut être vue comme le moyen de mettre fin à « l'histoire sans fin des lois éphémères »² dénoncée en la matière, en adoptant des dispositions plus durables que celles, régulièrement réformées, qui existent. Ce n'est pourtant pas tant à cet objectif de stabilité législative qu'il convient de penser en premier lieu, mais davantage à la clarification des pratiques sanctionnées, en particulier lorsqu'elles se traduisent par une clause d'un contrat. La clause sera alors amenée à disparaître, tandis que le contrat, *a priori*, subsiste. Une

¹ Cf. loi n°2015-177 du 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, art. 3 autorisant le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures de réforme du droit des contrats, et qui mentionne, au 1°, les « principes généraux du droit des contrats comme la bonne foi et la liberté contractuelle ».

² G. Canivet : « L'histoire sans fin des lois éphémères (ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution), in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Y. Serra, Paris : Dalloz, 2006, p. 69-89 ; L'auteur n'est pas isolé dans la critique de la fréquence des réformes en la matière, sur ce point, Cf. *Supra*, n°26.

meilleure intégration législative des pratiques restrictives de concurrence en général, et de la contestation des clauses qui reçoivent cette qualification en particulier, peut également permettre d'aller au-delà du débat de la suppression pure et simple de la matière toute entière, qui semble apparaître de plus en plus comme un leurre. Régulièrement proposée en doctrine³, cette suppression ne peut passer pour être le meilleur moyen de lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels, ni de donner un contenu contraignant à la loyauté dans les relations contractuelles entre professionnels. L'étude de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, si elle permet de prendre conscience de l'ambivalence de la matière, permet également de s'apercevoir que le dispositif est désormais bien installé, spécifique mais non unique en Europe⁴, et qu'il semble rencontrer, pour certaines de ses dispositions, un certain succès en jurisprudence⁵. Sa suppression semble d'autant moins envisageable au regard de l'intérêt que manifeste l'Union européenne pour la matière⁶ qui, qui serait plus susceptible de modifier la législation que de la supprimer. La sortie de l'ambivalence de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence paraît ainsi devoir nécessairement passer par une meilleure intégration législative, dont il

³ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°18 ; Certains auteurs se prononcent pour cette suppression, parmi ceux-ci, v. par ex. : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th., préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, spéc. n°588 ; M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives*, th. préf. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2012, n°485 et s. ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, coll. précis, n°423 ; Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre C. Nourissat, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, Paris : Lexis-Nexis, coll. Manuels, 8^{ème} éd., 2012, n°224 ; L. Nicolas-Vuillerme : *Droit de la concurrence, théorie et pratique*, 2^{ème} éd., Paris : Vuibert, coll. Dyna'sup, série Droit, 2011, n°373.

⁴ Il s'agit du sens du raisonnement de L. Roberval : « *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire, une spécificité française ?*, th. dactyl. Université du Littoral- Côte d'Opale, dir. D. Fasquelle, 2010 ; Sur ce point, v. également, *Supra*, n°437.

⁵ Il est possible de penser sur ce point, par ex. aux décisions relatives à la pratique du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (art. L. 442-6, I, 2° C. com.), mais aussi aux décisions relatives à la rupture brutale des relations commerciales établies (art. L. 442-6, I, 5° C. com.), dont il est possible de mesurer le nombre à l'aide des bilans de l'application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, publiées chaque année par la Commission d'examen des pratiques commerciales, la DGCCRF et la Faculté de Droit de Montpellier (dir. D. Ferrier), et consultables à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission-0>.

⁶ Les publications précitées de l'Union européenne relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations entre professionnels pour laisser présager d'une action imminente en la matière, v. et en particulier : Livre vert du 31 janv. 2013 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne de distribution alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, COM (2013) 37 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 15 juill. 2014 « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises », COM (2014) 472 final ; Projet de rapport du Parlement européen du 6 juill. 2015 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, (2015/2065 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs ; L'action de l'Union paraît aujourd'hui s'éloigner, après le Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 29 janv. 2016 sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, qui propose (p. 13) « une combinaison d'initiative volontaires et de mesures réglementaires pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales », ce dont il est possible de déduire que la Commission, sans renier l'intérêt qu'elle manifeste pour la matière, considère qu'une action à l'échelle de l'Union n'est pas indispensable à ce jour.

convient d'abord d'étudier les conditions (Chapitre 1), avant d'en définir plus précisément les modalités (Chapitre 2).

458. Droit commun ou droit spécial. L'étude des conditions d'une meilleure intégration législative de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence suppose un choix entre positionner les règles relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, qui sont des applications particulières de la loyauté, au sein du droit commun, ou comme aujourd'hui, au sein du droit spécial. Une intégration en droit commun peut apparaître comme particulièrement séduisante, en ce qu'elle permettrait de faire jouer un rôle de premier plan au droit commun dans les relations entre professionnels, à l'heure où les relations contractuelles entre professionnels et consommateurs sont, pour une large part, régies par le Code de la consommation, et celles entre professionnels tendent à être régies, pour certaines d'entre elles, par le Code de commerce. A vrai dire, il semble qu'il ne faille pas avoir une vision trop manichéenne du rapport entre le droit commun et le droit spécial, le premier conservant sa vocation d'application générale, dans le cas où le droit spécial ne prévoit rien¹, même dans les rapports entre professionnels ou entre professionnels et consommateurs. Pour filer la comparaison avec les dispositions applicables aux consommateurs, il apparaît que certaines d'entre-elles se trouvent dans le Code civil, c'est-à-dire qu'elles sont intégrées au droit commun². Il en va ainsi par exemple de la garantie des vices cachés³, qui présume si le vendeur est professionnel, que celui-ci a connaissance des vices de la chose vendue⁴, mais aussi de la responsabilité du fait des produits défectueux⁵, qui transpose une directive qui se veut protectrice des consommateurs⁶. A partir de ces exemples, la question de la possibilité d'une intégration de dispositions spécifiques aux professionnels, au sein du droit commun se pose. Il s'agirait alors d'édicter un certain nombre de règles en matière de loyauté contractuelle, spécifiquement applicables aux relations contractuelles entre professionnels, à l'image des dispositions du droit des obligations qui s'appliquent en matière de relations entre professionnels et consommateurs. Leur place en droit commun serait d'autant plus appropriée

¹ Il s'agit de l'application du principe *specialia generalibus derogant*.

² Il faut néanmoins préciser que le Code civil ne mentionne pas le terme de « consommateur ».

³ En matière de contrat de vente, cette garantie est prévue par les art. 1641 et s. C. civ.

⁴ La jurisprudence considère, en application de l'art. 1645 C. civ. que les professionnels sont tenus de connaître les vices affectant la chose vendue, de sorte que, selon le texte, ils doivent, en cas de démonstration de l'existence d'un vice, restituer le prix reçu de l'acquéreur, mais également lui verser les éventuels dommages et intérêts, en ce sens, v. : Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1965, n°61-10.952, Bull. civ., I, n°52 ; cette position étant régulièrement rappelée, et par ex. Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2008, n°07-16.876, Bull. civ., I, n°216.

⁵ Art. 1386-1 et s. C. civ.

⁶ Directive 85/374/CEE du 25 juill. 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des états membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux ; La protection des consommateurs contre les produits défectueux qui leur causent des dommages apparaît au cœur des préoccupations du législateur européen, et se trouve plusieurs fois mentionnée dans les considérants de la directive.

que ces règles peuvent être vues comme posant des limites à la liberté contractuelle⁷. Pourtant, dès l'amorce du raisonnement, il est aisé de s'apercevoir que cette intégration en droit commun est difficilement envisageable. Il ne semble pas, en effet, que le droit commun des contrats soit le creuset le plus indiqué pour l'intégration législative des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, même si ces dispositions concernent nécessairement des professionnels qui sont en relation contractuelle. Il n'est en effet pas certain que le droit commun puisse contenir des dispositions qui sont nécessairement spécifiques, que ce soit aux relations entre professionnels, ou même aux relations entre professionnels et consommateurs. En réalité, il s'agira plutôt de se demander si le droit commun, sans inclure les dispositions spécifiques des pratiques restrictives de concurrence, pourrait trouver application en lieu et place de l'actuel droit spécial, en se « régénérant »⁸, et intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, au sein de ses dispositions générales. Difficile en droit commun (Section 1), la meilleure intégration des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels semble ne pouvoir avoir lieu qu'en droit spécial (Section 2).

SECTION 1 : LES DIFFICULTES D'UNE INTEGRATION EN DROIT COMMUN.

459. Difficultés d'intégration passées, difficultés d'intégration futures. L'intégration des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit commun ne relève pas de l'évidence. Pourtant, il semble que le débat ne soit pas tant celui de savoir si des dispositions spécifiques aux relations contractuelles entre professionnels peuvent faire leur entrée dans le Code civil, que celui de savoir si les dispositions du droit commun sont à même d'appréhender certaines pratiques aujourd'hui sanctionnées au titre des pratiques restrictives de concurrence, et parmi celles-ci, en particulier, les clauses qui sont qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Cette idée de faire jouer au droit commun des contrats un rôle plus proactif en ce qui concerne la loyauté des relations commerciales entre professionnels n'est pas à proprement parler nouvelle, mais se trouve être relancée, au

⁷ Sur ce point, v. not. : B. Oppetit : « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 241 ; B. Fages, J. Mestre : « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in *Colloque : Droit du marché et droit commun des obligations*, Centre de droit de la consommation de l'Université de Montpellier et Centre de droit de la concurrence de l'Université de Perpignan, dir. Y. Serra et J. Calais-Auloy, *RTD Com.*, 1998, p. 71 ; M. Chagny : « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC* n°3/2004, p. 861 ; C. Prieto : « L'efficacité contractuelle dans le droit de la libre concurrence (illustration par la clause d'exclusivité) », *RDC*, n°3/2004, p. 875.

⁸ M. Chagny : *op. cit.*

moment de réformer la matière. Il convient de se poser la question de l'intégration en droit commun de ces dispositions avant (§1) et après cette réforme (§2).

§1 : L'intégration en droit commun avant la réforme de 2016.

460. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun. S'agissant du droit des contrats, tel qu'applicable avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2016, la question est de savoir si certaines de ses dispositions peuvent permettre la contestation de clauses qui, aujourd'hui, sont ou peuvent être qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. En d'autres termes, il s'agit de partir d'un postulat de disparition pure et simple du droit spécial actuel, et, en l'absence de ce dernier, d'un retour à l'application du droit commun⁹. Ce débat a déjà reçu un certain nombre de contributions d'auteurs qui tendent à appréhender certaines pratiques restrictives de concurrence sur le fondement de dispositions du droit commun¹⁰. Il paraît possible de distinguer, au sein de ces contributions, entre celles qui invitent à prendre en considération l'unilatéralisme dans le contrat et à y trouver des contrepoids (A), et celles qui invitent à faire jouer un rôle plus central à la loyauté (B), notion qui apparaît au cœur des finalités de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

A. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun comme contrepoids à l'unilatéralisme.

461. L'unilatéralisme comme source possible de pratiques contestables. L'unilatéralisme apparaît comme l'une des sources possibles de pratiques contestables (1), de sorte qu'il est possible de se poser la question de l'application à ces pratiques, des remèdes que la doctrine propose face à l'unilatéralisme dans les contrats (2).

⁹ Le débat doctrinal portant sur l'intégration au sein du droit commun de la contestation des pratiques restrictives de concurrence est relativement nourri puisqu'il découle de la position exprimée par certains auteurs selon laquelle le droit des pratiques restrictives de concurrence ne devrait pas ressortir du droit de la concurrence, et devrait donc être supprimé sous sa forme actuelle, et devrait ressortir du droit des contrats. Sur ce point, Cf. *Supra*, n°18.

¹⁰ Cf. *Supra*, n°18 ; Sur ces contributions, v. not. : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th., préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, spéc. n°836 et s. ; M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives*, th. préf. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2012, n°523 et s.

1. Les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et l'unilatéralisme dans les contrats.

462. Les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence comme des manifestations de l'unilatéralisme. L'unilatéralisme consiste en un phénomène qui, au sein des contrats, *a priori* bilatéraux, accorde à l'une des parties « une ou plusieurs prérogatives unilatérales dans le but de modifier ou de rompre la relation contractuelle »¹¹. Ces prérogatives « permettent à l'un des contractants de créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté »¹². Dans le cadre de la contestation de clauses qui mettraient en place des pratiques restrictives de concurrence, il convient d'apprécier l'efficacité de clauses qui accordent des prérogatives unilatérales à l'une ou l'autre des parties à un contrat. Certes, les clauses elles-mêmes ne peuvent s'analyser comme des formes d'unilatéralisme puisqu'en tant que clauses, elles ont été négociées et acceptées par les deux parties, au moment de la conclusion du contrat, ou à la faveur d'une modification de celui-ci¹³. En revanche, leur exécution peut laisser apparaître l'unilatéralisme, en ce qu'elles consistent pour l'une des parties, à exercer une prérogative que l'autre partie n'a pas. Plus largement, l'unilatéralisme peut se manifester dans les contrats sans être spécifiquement prévu par une clause, par une pratique, un simple comportement qui modifierait la relation contractuelle, au stade des pourparlers, de la conclusion ou de l'exécution du contrat, et matérialiserait potentiellement une pratique contestable. Au-delà de la question même de l'unilatéralisme, la doctrine s'attèle à apporter, sur le fondement du droit commun des obligations, des contrepoids aux prérogatives, ou aux pratiques unilatérales. En matière de contestation de pratiques restrictives de concurrence au sein d'une relation contractuelle, il apparaît que, dans de nombreux cas, une volonté unilatérale est à l'origine de la pratique, qu'elle se soit manifestée lors des négociations, ou lors de l'exécution d'une des stipulations du contrat. Ainsi par exemple, il ne fait aucun doute de la contestation d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie consiste en la contestation d'une décision unilatérale de mettre fin au contrat, de manière brutale¹⁴. De même,

¹¹ P. Lemay : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, th. préf. S. Chassagnard-Pinet, Paris : Mare et Martin, coll. Bibl. des thèses, droit privé et sciences criminelles, 2014, n°3.

¹² *Ibidem*.

¹³ S'agissant des contrats qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation, la jurisprudence relative à l'art. L. 442-6, I, 2° C. com. montre que cette absence de négociation intervient comme un indice de la présence d'un déséquilibre significatif, de sorte qu'il est possible de considérer que l'établissement du déséquilibre sera plus aisé dans les contrats non-négociés ; sur ce point, v. not. : E. Gicquiaud : « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD Com.*, 2014, p. 267, spéc. n°18 ; M. Béhar-Touchais : « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP, G*, 2015, 603.

¹⁴ La possibilité de contester une telle rupture est prévue par l'art. L. 442-6, I, 5° C. com.

pour demeurer au stade des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'une relation contractuelle, la contestation d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁵ peut consister en la contestation d'une manifestation de l'unilatéralisme. Le déséquilibre peut alors s'incarner en une négociation déséquilibrée, où l'une des parties a pu peser davantage sur le contenu de ladite négociation, ou en une exécution déséquilibrée du contrat, où un déséquilibre suppose que les droits et obligations des parties ne soient pas correctement contrebalancés les uns par rapports aux autres, et que, finalement, un contractant bénéficie d'une stipulation favorable pour lui-même sans qu'une contrepartie puisse être trouvée au bénéfice de l'autre contractant. En généralisant, il semble possible de considérer que dans de nombreuses situations, les pratiques restrictives de concurrence qui peuvent se matérialiser par une clause constituent des manifestations de l'unilatéralisme. La question qui demeure est alors celle de l'application à ces pratiques des remèdes qui semblent exister en droit commun, à l'unilatéralisme. En d'autres termes, l'assimilation des pratiques restrictives de concurrence à l'unilatéralisme devrait permettre d'utiliser les contrepoids à l'unilatéralisme, comme contrepoids, fondés sur le droit commun, aux pratiques restrictives de concurrence qui sont mises en œuvre dans un contexte contractuel.

2. L'application des remèdes à l'unilatéralisme aux clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

463. Les remèdes à l'unilatéralisme comme possibles moyen de contestation de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement du droit commun. A vrai dire, le fait d'analyser les pratiques restrictives de concurrence comme des manifestations de l'unilatéralisme pour pouvoir y appliquer les solutions que le droit commun a face à l'unilatéralisme ne peut être considérée comme nouvelle¹⁶, même si elle n'est pas toujours exprimée de cette manière¹⁷. Parmi les contributions de la doctrine relatives aux à la prise en considération de l'unilatéralisme en droit commun, il convient de distinguer entre

¹⁵ La possibilité de contester un tel déséquilibre est prévue par l'art. L. 442-6, I, 2° C. com.

¹⁶ En effet, v. déjà : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, spéc. n°870 et s., où l'auteur montre que le droit commun peut apparaître comme le moyen d'appréhender certaines pratiques qui sont mises en œuvre dans un contexte contractuel, sanctionnées aujourd'hui sur le fondement du droit de la concurrence, en particulier en « acclimatant la lettre du droit de la concurrence dans le droit commun des obligations, pour contribuer à limiter la détermination unilatérale du contenu du contrat, et limiter l'exercice du pouvoir unilatéral qui peut être attribué par le contrat ».

¹⁷ V. : A.- S. Choné : *Les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, th. Préf. B. Teyssié, Paris : Economica, coll. Recherches juridiques, 2010, où l'auteur propose la sanction des abus de domination *via* le droit commun des contrats, la notion d'« abus dans le contrat » permettant notamment « de manière uniforme, d'encadrer l'exercice de pouvoirs unilatéraux divers », spéc. n°556.

celles qui proposent d'avoir une vision rénovée de l'équilibre, de celles qui optent pour la proportionnalité, et de celles qui incitent à donner davantage de place à l'abus.

464. L'équilibre contractuel comme notion permettant l'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Un des effets de la manifestation de l'unilatéralisme dans le contrat peut être un déséquilibre. Parmi d'autres contributions sur le sujet, un auteur a mis en évidence la nécessité, à partir de l'application des dispositions du droit commun, de dégager un principe d'équilibre contractuel¹⁸. Celui-ci doit permettre d'assurer une certaine égalité entre les parties au moment de la conclusion du contrat, mais aussi une lutte contre les comportements abusifs ou déloyaux en cours d'exécution¹⁹. En reprenant la proposition de l'auteur de réunir, sous un même principe d'équilibre contractuel, les interventions du droit des contrats face aux déséquilibres contractuels, il serait possible de considérer que les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence peuvent parfois constituer des manifestations de déséquilibres contractuels²⁰. Alors, l'application d'un principe d'équilibre contractuel devrait permettre d'appréhender ces clauses, soit en d'autres termes, d'intégrer en droit commun la contestation de certaines clauses actuellement qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Il faut cependant concéder que ce principe d'équilibre contractuel ne fait pas, en lui-même, partie du droit positif. Il paraît alors difficile de se servir de ce principe comme d'un fondement permettant l'appréhension des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun. Lorsqu'il s'agit d'évoquer l'équilibre contractuel, et les règles qui s'y réfèrent, il est difficile de ne pas penser à la lésion, et au principe du « rejet de la lésion comme cause générale d'invalidation des conventions »²¹. La lésion apparaît, selon un auteur, comme un « déséquilibre en valeur au sein du contrat »²². Dans l'optique de garantir un certain équilibre contractuel sur le fondement du droit commun, la lésion peut avoir sa place, à condition toutefois d'en passer par la lésion qualifiée, c'est-à-dire par la prise en compte du déséquilibre, celui-ci étant causé par la

¹⁸ L. Fin-Langer : *L'équilibre contractuel*, th., préf. C. Thibierge, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 366, 2002, n°560 et s. ; V. aussi : P. Lemay : *op. cit.*, n°226 et s.

¹⁹ *Idem*, n°372 ; L'auteur définissant l'équilibre contractuel « d'un point de vue statique comme une répartition harmonieuse entre et droits, obligations et prestations des parties, et d'un point de vue dynamique, comme une position de relative stabilité de ce contenu » (sur cette définition, cf. *Idem*, n°274) ; V. aussi : V. Lasbordes : *Les contrats déséquilibrés*, Préf. C. Saint-Alary-Houin, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, n°393 où l'auteur propose, pour aboutir à des contrats équilibrés, de s'en remettre pour chaque contractant, à la recherche de l'intérêt commun, ce qui devrait lutter contre les comportements qui déséquilibrent le contrat.

²⁰ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°107-108.

²¹ G. Chantepie : *La lésion*, th., Préf. G. Viney, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 467, n°1.

²² *Idem*, n°95 et s.

contrainte économique de l'une des parties sur l'autre²³. Néanmoins, le principe du rejet général de la lésion comme moyen de critiquer un contrat déséquilibré conduit la jurisprudence, comme la doctrine, à aborder d'autres fondements²⁴. Le déséquilibre peut en effet également être vu comme la conséquence de la situation de faiblesse d'une partie, faiblesse qui peut être économique, ce qui pourrait inciter à la sanction du « vice de faiblesse »²⁵ en droit commun des contrats. Sans aller jusqu'à la double caractérisation, parfois difficile, d'une situation de faiblesse et d'un déséquilibre²⁶, la contrainte économique se trouve être également le phénomène que paraît pouvoir combattre le vice de violence, dès sa mise en œuvre, et potentiellement avant que le déséquilibre ne soit acté dans l'exécution des prestations contractuelles.

465. Le vice de violence comme notion permettant l'intégration des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. La violence²⁷, exercée au stade de la conclusion du contrat, constitue un comportement unilatéral destiné, par l'exercice d'une contrainte, à faire conclure une partie²⁸. Lorsqu'on évoque le vice de violence, il est difficile de ne pas penser au contractant qui conclut un engagement sous la menace d'une arme par exemple. Pourtant, la violence peut être analysée de manière plus subtile et s'étend à des situations où une partie, économiquement forte, se sert de sa position pour faire souscrire des engagements à une partie plus faible. Il s'agit de la violence économique. Des auteurs se

²³ Ainsi, la lésion qui, aujourd'hui, lorsqu'elle est sanctionnée par le droit des contrats conduit à protéger certains acteurs juridiques (le mineur par ex. selon anc. art. 1305 C. civ.) pourrait être, selon G. Chantepie : *op. cit.*, n°751 et s., à la faveur d'une réforme législative, le principe général d'équilibre des conventions qui permettrait de mieux articuler les règles actuelles relatives à l'équilibre. Sa dimension protectrice actuelle irait alors plus loin et permettrait plus généralement la protection de la partie faible (Sur cette question, v. C. Ouerdane-Aubert de Vincelles : *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préf. Y. Lequette, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibl. des thèses, 2002, n°171). *Adde* : G. Ripert : *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1949, n°70 et s. où l'auteur semble analyser la lésion comme le reflet de l'existence d'une cause de nullité de la convention, due à l'exploitation de l'un des contractants par l'autre. Elle pourrait ainsi être vue comme un résultat dont il conviendrait de rechercher les sources. *Contra* : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, précité, n°878 où l'auteur précise que la lésion, qui ne s'intéresse qu'au déséquilibre lui-même et non à sa cause, ne peut être un instrument satisfaisant, et que sa généralisation serait « dangereuse et néfaste ».

²⁴ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles : *op. cit.*, n°175.

²⁵ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles : *op. cit.*, n°438 et s., l'auteur précisant que la faiblesse peut être une « infériorité économique » (n°452 et s.) et qu'elle peut aboutir à un déséquilibre contractuel « n°472 et s.).

²⁶ Cette double caractérisation faisant la preuve du vice de faiblesse selon C. Ouerdane-Aubert de Vincelles : *op. cit.*, n°497 et s.

²⁷ L'étude de la possible intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence au sein de la violence a, dans le cadre du présent paragraphe, lieu relativement aux règles applicables avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131.

²⁸ Cf. anc. art. 1112 C. civ. : Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent ».

montrent favorables à ce que ce vice du consentement soit ainsi rénové²⁹, alors que la jurisprudence a pu montrer qu'elle n'y était pas opposée³⁰. Pour autant, la doctrine³¹ rappelle parfois qu'il convient de rester mesuré quant à une prise en compte de la violence économique en ce qu'elle ne doit pas aboutir à sanctionner des conventions où aucune violence n'a été exercée, mais où les circonstances montrent qu'une partie apparaît économiquement plus forte que l'autre. En d'autres termes, il convient de ne pas sanctionner des contrats du fait de l'inégalité des parties, tant une égalité parfaite entre les parties est une situation rare. Au regard des clauses qui sont actuellement qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, il va de soi que certaines pratiques sont mises en œuvre par des contractants économiquement forts, et qu'elles s'apparentent à des contraintes économiques. Il faut néanmoins garder à l'esprit que les pratiques restrictives de concurrence en général, et celles qui s'incarnent dans des clauses en particulier, ne supposent pas, pour être sanctionnées, de démonstration d'une situation de contrainte économique, comme la dépendance d'un contractant par rapport à l'autre par exemple. L'abus de dépendance économique a lui-même disparu de la liste des pratiques restrictives de concurrence³². La sanction des contrats qui incluraient des clauses apparaissant comme des parties émergées de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement de la violence conduirait alors à ne sanctionner que les pratiques mises en œuvre entre contractants de poids économique différents, laissant donc subsister celles qui peuvent exister entre contractants de poids comparables. Il convient également de préciser qu'alors que le vice de violence invite à se placer au stade de la conclusion du contrat pour apprécier l'existence d'une

²⁹ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°198 ; V. par ex. : F. de Boüard : *La dépendance économique née d'un contrat*, th. préf. G. Viney, Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 13, Paris : LGDJ, 2007, spéc. n°432 ; B. Edelman : « De la liberté et de la violence économique », D, 2001, p. 2315 ; B. Montels : « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », RTD Com., 2002, p. 417 ; G. Loiseau : « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », Dr. et part., sept. 2002, p. 26 ; M. Boizard : « La réception de la notion de violence économique en droit », P. Aff., 16 juin 2004, n°120, p.5 ; Y. -M. Laithier : « Remarques sur les conditions de la violence économique », P. Aff., 22 et 23 nov. 2004, n°233 p. 6 et n°234 p. 5 ; M. -S. Payet : « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », RDC, 2006, n°4, p. 1338.

³⁰ Cf. Cass., 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n°98-15.242 ; Bull. civ. I, n°169 P. Aff., 2000, n°233, p. 18, note sous arr. S. Szames ; Defrénois, 2000, n°19, p. 1124, note P. Delebecque ; CCC, 2000, comm. 142, note L. Leveneur ; RTD Civ., 2000, p. 827, note J. Mestre et B. Fages ; *idem*, p. 863, note P.- Y. Gautier ; D. 2000, p. 879, note J.- P. Chazal ; D. 2001, p. 1140, note D. Mazeaud ; JCP, G, 2001, II, 10461, note sous arr. G. Loiseau ; JCP, E, 2001, p. 571, note R. Scenazi ; Cass., 1^{ère} civ., 3 avr. 2002, n°00-12.932 ; Bull. civ., I, n°108 ; D. 2002, p. 1860, notes sous arr. J.- P. Gridel et J.- P. Chazal ; D. 2002, p. 2844, note D. Mazeaud ; CCE, 2002, comm. 80, note sous arr. C. Caron ; CCE, 2002, comm. 89, note P. Stoffel-Munck ; RTD Civ., 2002, p. 502, note J. Mestre et B. Fages ; Defrénois, 2002, n°19, p. 1246, note E. Savaux.

³¹ Sur ce point, v. par ex. : G. Ripert : *la règle morale dans les obligations civiles*, précité, n°59 et s. ; G. Chantepie : *La lésion*, précité, n°245, 263 et s., 687-688 ; A.- S. Choné : *op. cit.*, n°133 ; *Adde*, pour un point de vue critique sur la violence économique : C. Nourissat : « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », D. 2000, p. 369.

³² Sanctionné par l'art. L. 442-6, I, 2°, b) du Code de commerce depuis 2001 (le texte est issu de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 56), la pratique restrictive de concurrence d'abus de dépendance économique a été abrogée par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 93.

contrainte, les pratiques restrictives de concurrence peuvent être mises en œuvre à n'importe quel moment de la relation contractuelle. De plus, les cas d'application de la violence économique demeurent rares en jurisprudence, et la construction doctrinale ne semble pas avoir le succès jurisprudentiel escompté³³. La violence économique apparaît alors comme trop spécifique et d'application trop difficile pour intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Elle n'accède pas au rang d'outil efficace permettant de garantir l'équilibre contractuel au stade de la conclusion du contrat. Demeure la question des outils permettant de garantir ou de maintenir l'équilibre du contrat au stade de son exécution, et parmi ceux-ci, de la proportionnalité.

466. La proportionnalité contractuelle comme notion permettant l'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. La proportionnalité contractuelle propose de se poser la question de l'équilibre du contrat au stade de son exécution³⁴, en « mettant en balance différentes clauses d'un contrat »³⁵, ce qui peut permettre de vérifier que le contrat « respecte la hiérarchie des intérêts »³⁶, tout en étant un « moyen d'encadrement flexible des prérogatives contractuelles »³⁷, et en distillant une idée de « juste mesure »³⁸ dans les contrats. La proportionnalité contractuelle apparaît comme une notion particulièrement indiquée par rapport à la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence puisqu'elle propose l'analyse des clauses d'un contrat les unes par rapports aux autres pour en déduire la proportion ou la disproportion des engagements des parties. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, lorsqu'il conduit à la sanction de clauses contractuelles suit une logique qui peut parfois apparaître similaire³⁹. Certains auteurs se sont montrés favorables à la consécration, en droit commun, d'un principe de proportionnalité contractuelle⁴⁰, proposition qui ne fait pas l'unanimité⁴¹, et qui ne semble pas,

³³ Sur ce point, cf. *Supra*, n°198.

³⁴ S. Le Gac-Pech : *La proportionnalité en droit privé des contrats*, th., préf. H. Muir-Watt, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 335, 2000, p. 7 ; Sur ce point, Cf. *Supra*, n°109-110.

³⁵ *Idem*, n°82.

³⁶ M. Mekki : *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 411, 2004, n°715.

³⁷ *Idem*, n°1046-1047.

³⁸ S. Le Gac-Pech : *op. cit.*, n°7 ; A.- S. Lavefve-Laborde : *La pérennité contractuelle*, th. Préf. C. Thibierge, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 447, 2005, n°586 ; M. Béhar-Touchais : « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, dir. M. Béhar-Touchais, 1998, P. Aff., 30 sept. 1998, n°117, p. 3

³⁹ C'est en particulier le cas de la pratique restrictive de concurrence consistant à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (art. L. 442-6, I, 2° C. com.), où, pour la démonstration du déséquilibre, il s'agira de mettre en relation les différents droits et obligations des parties.

⁴⁰ Il s'agit du sens de la thèse de S. Le Gac-Pech : *op. cit.*, spéc. n°1194 ; A.- S. Lavefve-Laborde : th. précitée, n°590 et s.

en droit commun du moins, avoir été suivie d'effet. De la même manière que relativement au principe d'équilibre contractuel, le principe de proportionnalité n'apparaît pas comme un principe de droit commun permettant l'appréhension des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Quand bien même ce principe viendrait à être consacré, il ne permettrait pas davantage cette appréhension puisqu'il se fonde sur une appréciation des obligations des parties à un contrat les unes par rapport aux autres, logique qui échappe à la plupart des pratiques restrictives de concurrence. Les pratiques restrictives de concurrence sont en effet sanctionnées *per se*, sans considération d'une pratique parallèle qui permettrait de rétablir une juste proportion. Certes, la proportionnalité invite à consacrer un mécanisme ressemblant à celui de la pratique restrictive de concurrence de création d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties⁴², et permettrait d'inclure d'autres pratiques restrictives de concurrence⁴³. Le déséquilibre significatif apparaît par ailleurs comme le principal fondement de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Néanmoins, elle ne constitue pas l'unique fondement, et des clauses pourront être qualifiées de pratiques restrictives de concurrence sans nécessairement créer de déséquilibre significatif, comme par exemple les clauses accordant le bénéfice rétroactif de remises⁴⁴, ou celles qui imposent le paiement d'un droit d'accès au référencement avant la passation de la première commande⁴⁵. De plus, la sanction du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence ne semble pas devoir être limitée, au contraire de la proportionnalité contractuelle, au stade de l'exécution du contrat, de sorte que la sanction d'un tel déséquilibre au stade des pourparlers paraît possible⁴⁶. La proportionnalité ne paraît ainsi pas adaptée à intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun, ne permettant d'atteindre que certaines pratiques restrictives de concurrence, au stade de l'exécution du contrat. La proportionnalité contractuelle n'est, en outre, pas consacrée par une disposition du droit commun qui servirait de fondement à la sanction d'obligations disproportionnées dans les

⁴¹ D. Mazeaud : « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, dir. M. Béhar-Touchais, 1998, P. Aff., 30 sept. 1998, n°117, p. 12, n°5 et s ; N. Molfessis : « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in colloque précité, p. Aff., 30 sept. 1998, n°117, p.21, où l'auteur n'ignorant pas les atouts d'un tel principe (n°18 et s), estime qu'il « mettrait le contrat en danger » (n°26).

⁴² Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

⁴³ Cf. par ex. : art. L. 442-6, I, 1° C. com. qui sanctionne l'obtention d'un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.

⁴⁴ Ces clauses sont nulles en vertu de l'art. L. 442-6, II, a) C. com.

⁴⁵ Ces clauses sont nulles en vertu de l'art. L. 442-6, II, b) C. com.

⁴⁶ L'art. L. 442-6, I, 2° C. com. prévoit en effet « soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ».

contrats. Une autre notion intervient comme à même de réguler les prérogatives unilatérales dans les contrats, prérogatives qui peuvent être source de pratiques restrictives de concurrence, l'abus, en particulier en ce qu'il transcende la distinction entre formation et exécution du contrat.

467. L'abus dans le contrat comme notion permettant l'intégration des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. La question de l'abus en droit commun des contrats est une question relativement vaste, sur laquelle de nombreux travaux ont été publiés⁴⁷. Ainsi, relativement à la question de savoir si cette notion peut intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence dans le droit commun, il convient de se limiter aux abus développés en doctrine comme pouvant être des instruments de régulations dans les contrats entre professionnels. Alors, il conviendra de se demander si ces formes particulières d'abus peuvent intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, et ainsi permettre l'abrogation de la loi spéciale dans ce domaine. En droit, l'abus semble devoir être limité à la zone qui sépare l'exécution normale du contrat de son inexécution ou d'une faute dans l'exécution. Ainsi, l'abus peut être défini comme l'usage d'une prérogative qui, sans être fautif, traduit un comportement abusif⁴⁸. En matière contractuelle, le comportement abusif peut être le fait d'exercer un droit, de manière non-fautive mais en portant atteinte aux intérêts de son contractant. Les droits conférés par le contrat peuvent être considérés comme susceptibles d'abus, de même que les droits qui sont conférés par le droit des contrats, comme celui de contracter ou de déterminer le contenu du contrat⁴⁹. En matière de prérogatives contractuelles unilatérales, l'abus peut intervenir comme un instrument de justice⁵⁰ ou d'équité contractuelle⁵¹, et participer d'une logique similaire à celle qui avait présidé au développement doctrinal de l'équilibre, de la proportionnalité, ou même du vice de violence, tout en étant plus spécifiquement vouée à l'appréhension de comportements de contractants, soit en d'autres termes, de pratiques⁵². Concernant les prérogatives contractuelles qui peuvent traduire une pratique restrictive de concurrence, ou même les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, l'abus peut apparaître

⁴⁷ Pour quelques travaux sur la question, Cf. *Supra*, n°88 et s.

⁴⁸ Sur la définition de l'abus, Cf. *Supra*, n°88.

⁴⁹ Sur l'abus en matière contractuelle, Cf. *Supra*, n°89.

⁵⁰ V. en ce sens, v. not. : L. Josserand : *Cours de droit civil positif français*, t. I, 3^{ème} éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1938, n°162 ; V. aussi, du même auteur : *De l'esprit des droits et de leur relativité, de la théorie dite de l'abus des droits*, réimpression de la 2^{ème} éd., 1939, Paris ; Dalloz, coll. Bibl. Dalloz, 2006.

⁵¹ V. en ce sens, v. not. : J. Carbonnier : *Droit civil, t. 4 : Les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Thémis droit privé, 2000, n°1149 ; A.-S. Choné : *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, th. préf. B. Teyssié, Paris : Economica, coll. Recherches juridiques, 2010, n°6.

⁵² Sur ce point, Cf. *Supra*, n°89.

comme une notion pouvant les accueillir, via l'abus dans la détermination du prix ou l'abus de dépendance économique⁵³. S'agissant de l'abus dans la détermination du prix, il convient de reconnaître qu'il s'agit d'une notion relativement spécifique à la fixation du prix dans les contrats de distribution⁵⁴, peu à même d'intégrer l'ensemble de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, tant les réalités couvertes par ces dernières sont plus larges que la seule question de la détermination du prix. S'agissant des abus de domination, entendus comme « l'exploitation abusive par l'un des contractants de la position de force qu'il occupe à l'égard de son partenaire »⁵⁵, il peut conduire à la création de déséquilibres contractuels⁵⁶, qui en seront la manifestation⁵⁷ ou à une « disproportion manifeste des prestations »⁵⁸. Sauf à considérer qu'il s'agit alors d'une faute, sanctionnable sur le fondement de la responsabilité contractuelle⁵⁹, il conviendra alors de palier ce déséquilibre, *via* la lésion⁶⁰, acceptée plus largement qu'aujourd'hui. L'originalité initiale de la notion d'abus ne se retrouve donc pas au stade de sa sanction. La notion d'abus de domination ou de puissance apparaît finalement comme une autre manière d'appréhender la problématique de l'équilibre contractuel, qui n'est pas plus consacrée que ce dernier en droit commun des contrats. A supposer même que le droit commun des contrats connaisse une prohibition générale des abus de domination dans les contrats, il n'est pas certain que celle-ci suffise à intégrer l'ensemble de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. En effet, cette prohibition supposerait la démonstration d'une situation de domination⁶¹ ou de dépendance⁶², qui n'est pas exigée en matière de pratiques restrictives de concurrence, et qui n'existe donc pas nécessairement lorsqu'il s'agit de sanctionner une pratique restrictive de concurrence mise en œuvre par une clause contractuelle. Finalement, l'abus de domination ou l'abus de puissance économique supposent la démonstration d'un élément préalable, la domination, la

⁵³ Il convient en effet d'exclure l'abus de domination économique qui suppose la caractérisation d'une domination économique d'une partie sur une autre, ainsi qu'une atteinte, réelle ou potentielle à un marché pertinent, éléments qui ressortissent au droit des pratiques anticoncurrentielles, mais qui ne sont pas à démontrer en matière de pratiques restrictives de concurrence. Il faut ainsi se concentrer sur les abus qui portent atteinte aux intérêts des contractants et non des concurrents, qui sont traités différemment.

⁵⁴ Sur cette question, Cf. *Supra*, n°90 et s.

⁵⁵ A.- S. Choné : *op. cit.*, n°531.

⁵⁶ J.- P. Chazal : *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse, dactyl, Université Pierre Mendès-France Grenoble II, 1996, n°639 et s. ; A.- S. Choné : *op. cit.*, n°552, et 556.

⁵⁷ *Idem*, n°556.

⁵⁸ M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, précité, n°915 et s., où l'auteur propose l'insertion de l'abus de dépendance dans le Code civil, en se fondant sur le critère « d'une ou plusieurs obligations manifestement disproportionnées » par rapport à celles que le contractant fort assume.

⁵⁹ A.- S. Choné : *op. cit.*, n°578.

⁶⁰ J.- P. Chazal : *op. cit.*, n°731 et s. ; G. Ripert : *La règle morale dans les obligations civiles*, précité, n°70 et s. ; Cf. *Supra*, n°464.

⁶¹ Sur ce point, cf. : J.-P. Chazal : *op. cit.*, n°636 et s. ; A.- S. Choné : *op. cit.*, n°231.

⁶² Sur ce point, Cf. M. Chagny : *op. cit.*, n°915 et s.

dépendance ou la puissance. Si cette démonstration n'est pas apportée, l'abus ne pourra être sanctionné. Il n'est pas certain que l'ajout de cette condition permette d'appréhender l'ensemble des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. L'abus n'apparaît donc pas être une notion suffisamment accueillante pour permettre de contester, sur le fondement du droit commun l'ensemble des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

468. La non-intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence dans les remèdes à l'unilatéralisme. Les différentes constructions doctrinales relatives aux remèdes à l'unilatéralisme dans les contrats, au stade de la conclusion, ou à celui de l'exécution n'apparaissent pas les mieux à même d'intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Tout au plus permettent-elles d'intégrer une partie de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, mais elles n'en permettent pas une intégration complète. Alors qu'en droit spécial, l'objectif de cette contestation semble être celui de la garantie de la loyauté dans les relations contractuelles, il convient dès lors de s'interroger sur l'intégration de la contestation au sein du fondement de la loyauté contractuelle.

B. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun sur le fondement de la loyauté.

469. Clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et loyauté. La loyauté dans les relations contractuelles entre professionnels apparaît comme la finalité de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence⁶³. Il est alors possible de considérer que ces clauses sont contestables en raison du fait qu'elle sont déloyales, ou plus exactement s'agissant d'une pratique, qu'elle interviennent comme le résultat d'un comportement déloyal de la part d'un contractant par rapport à l'autre. Dès lors, le fondement du droit commun qui serait le mieux à même d'intégrer la contestation de ces clauses serait la loyauté. La loyauté impose aux contractants, au-delà de « ne pas avoir d'attitude malhonnête »⁶⁴, de « s'abstenir d'attitudes déloyales »⁶⁵. La doctrine a d'ailleurs construit un

⁶³ Cf. *Supra*, n°435 et s.

⁶⁴ Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. préf. G. Couturier, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 208, 1989, n°56.

⁶⁵ B. Fages : *Droit des obligations*, 5^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso éditions, coll. Manuels, 2015, n°274, où l'auteur estime que la loyauté consiste à « s'abstenir d'un certain nombre d'attitudes manifestement déloyales », et interdit de se contredire au détriment d'autrui, c'est-à-dire « une action contraire aux déclarations et comportements antérieurs si cela déjoue l'anticipation de l'autre »

certain nombre de devoirs sur le fondement de la loyauté, dans le but de lui donner un contenu contraignant pour les parties à un contrat, comme le devoir de coopération, issu de la doctrine solidariste⁶⁶, ou plus généralement le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat⁶⁷. Si le devoir de coopération, teinté de solidarisme contractuel, ne peut être considéré comme réellement consacré par le droit commun des contrats, le devoir de loyauté, qui n'exige pas nécessairement une collaboration étroite entre les parties, mais davantage une « prise en considération de l'intérêt de son cocontractant »⁶⁸, peut sembler plus à même de recevoir un contenu contraignant. Alors, le devoir de loyauté pourrait être à même d'inclure la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

470. La non-intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence dans le devoir de loyauté. Outre le fait que le devoir de loyauté ne constitue pas un devoir contraignant au sens du droit commun⁶⁹, il n'est pas certain que ce devoir puisse permettre d'inclure la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. En effet, la jurisprudence, qui peut parfois se fonder sur la bonne foi pour rendre des décisions⁷⁰, ne le fait « que pour sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », le juge n'étant pas autorisé sur ce fondement à « porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »⁷¹. En d'autres termes, le devoir de loyauté ne laisse au juge qu'un contrôle relatif à la bonne foi dans l'utilisation des prérogatives contractuelles d'un contractant. Ce contrôle ne saurait aller jusqu'à remettre en cause ce qui a été conclu entre les parties. Comme le précise un auteur, le contrôle de l'exécution de bonne foi des prérogatives contractuelles ne peut méconnaître le principe de la

⁶⁶ Sur celui-ci, Cf. *Supra*, n°101.

⁶⁷ Sur celui-ci, Cf. *Supra*, n°103.

⁶⁸ Y. Picod : *op. cit.*, n°85.

⁶⁹ Le droit commun des contrats mentionne la bonne foi, mais ne mentionne pas la loyauté, ce point n'étant pas modifié par l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; Sur ce point, v. : P. Brunswick : « Reconnaissance du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement – l'intérêt au plan international », in Dossier : *Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ?*, Cah. dr. ent., 2016, dossier 1, spéc. dossier 9, où l'auteur estime que « la reconnaissance de l'existence dans notre droit d'un devoir de loyauté constitutif d'une norme générale de comportement ne constitue qu'une forme de prise de conscience de la réalité. Elle est du ressort de la « prise d'acte » ».

⁷⁰ V. pour un ex. récent : Cass. 3^{ème} civ., 23 juin 2015, n°14-12.606, où la Cour reproche, au visa de l'art. 1134 al. 3 C. civ., aux juges du fond de ne pas avoir recherché si une clause résolutoire d'un contrat de bail « n'avait pas été mise en œuvre de mauvaise foi » par le propriétaire ; Gaz. Pal., 18 août 2015, n°230, p. 32, note sous arr. J.-D. Barbier ; V. déjà ayant donné une décision identique, relativement à une clause identique, en visant l'art. 1134 C. civ. sans précision de l'alinéa : Cass. 3^{ème} civ., 26 mars 2014, n°12-22.092.

⁷¹ Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, Bull. civ. IV, n°188, Gaz. Pal., 2007, n°209, p. 25 : communiqué de la Cour de cassation sous arr. ; D. 2007, p. 2839, note X. Delpech ; *Ibidem*, note P. Stoffel-Munck ; p. 2844, note P.-Y. Gauthier ; RTD Civ., 2007, p. 773, note B. Fages ; JCP G, 2007 II 10154, note D. Houtcieff ; CCC 2007, comm. 294, note L. Leveneur ; RDC, 2007, p. 1107, note L. Aynès ; p. 1110, note D. Mazeaud ; Defrénois, 2007, n°20, p. 1454, note E. Savaux ; Bull. Joly, 2007, n°11, p. 1187, note A. Couret.

force obligatoire du contrat⁷², et le troisième alinéa de l'ancien article 1134 du Code civil ne peut être invoqué en contradiction avec l'alinéa 1^{er}⁷³. Pourtant, le droit des pratiques restrictives de concurrence, lorsqu'il permet la contestation d'une clause, vient porter atteinte à ce qui a été convenu entre les parties, en annihilant l'effet de ladite clause, voire la clause elle-même. Aussi, la matière va au-delà de la vérification de l'usage loyal des prérogatives contractuelles en permettant, si une pratique restrictive de concurrence est constatée, de supprimer purement et simplement du contrat ladite prérogative. L'application du devoir de loyauté tel que prévu par le droit commun semble limitée, ou en tout cas ne paraît pas permettre d'aller jusqu'à modifier le contenu du contrat, ce que le droit des pratiques restrictives de concurrence ne s'empêche pas de faire. Il ressort donc de l'analyse de la jurisprudence relative à l'exécution de bonne foi des contrats que cette notion ne peut intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, puisqu'elle n'intègre que le contrôle de la loyauté dans l'exercice des prérogatives contractuelles, et ne permet pas de contester des stipulations en elles-mêmes.

471. Conclusion du paragraphe : La difficile intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun. Malgré les souhaits d'une grande partie de la doctrine, favorable à ne laisser au droit de la concurrence que la protection du marché, et à faire échoir les dispositions de ce droit qui s'appliquent aux rapports entre contractants au droit des contrats⁷⁴, l'intégration ne semble pas facile à réaliser. Les notions du droit commun ne semblent pas avoir été prévues pour intégrer la contestation de pratiques qui peuvent prendre la forme de clauses, ou dont des clauses peuvent être l'accessoire

⁷² D. Houtcief : « limites du pouvoir de sanction du juge en cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », note précitée ; l'auteur se référant à l'arrêt Canal de Craonne (Cass. civ., 6 mars 1876) qui précisait « qu'il n'appartient pas aux tribunaux, que le équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants » ; Sur cet arrêt, v. : H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 2015, n°165, p. 172-183.

⁷³ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°142.

⁷⁴ Cf. *Supra*, n°18 et s. ; V. spéc. : J.- P. Chazal : th. précitée, n°24 ; M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, précité, n°854 et s. ; M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, th. préf. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, coll. de l'institut de droit des affaires, 2012, n°522 et s. ; R.- M. Zang-Ndong : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation contractuelle*, th. dactyl., dir. E. Blary-Clément, Université de Lille II, 2014, p. 227 et s. ; V. aussi, se prononçant sur la possibilité pour les professionnels d'invoquer les dispositions protectrices du droit de la consommation en matière de clauses abusives, G. Paisant : « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, colloque, Lille, 1997, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques, 1998, p. 17-32, spéc. p. 31-32, qui estime que « c'est plutôt vers les droits communs que nous inciterions les professionnels contractant en situation d'infériorité à rechercher les remèdes aux abus dont ils seraient victimes ». L'auteur conclut ainsi en estimant que les professionnels ne peuvent solliciter le droit de la consommation sans le dénaturer et estime que « la création d'un régime spécial de protection entre professionnels ne ferait qu'ajouter à la complexité du droit positif ».

ou l'élément révélateur. Le droit commun ne semble que peu à même d'accueillir une contestation d'un fait juridique qui prendrait la forme d'une partie d'un acte juridique, ou qui impliquerait la remise en cause d'une partie d'un acte juridique. En effet, le droit commun appréhende parfois des comportements, c'est-à-dire des faits juridiques, comme par exemple en matière de vices du consentement, ou lorsqu'il impose l'exercice de bonne foi des prérogatives contractuelles, mais sans permettre la remise en cause de la stipulation conclue à la suite de la mise en œuvre du comportement, sauf à remettre en cause l'entièreté du contrat, conclu sur un consentement vicié. Cette raison pousse certains auteurs à souhaiter une modification du droit commun⁷⁵, pour que celui-ci puisse intégrer la contestation des pratiques restrictives de concurrence, et en particulier de celles qui sont mises en œuvre dans un contexte contractuel. Sans une telle modification, certaines notions du droit commun peuvent parfois intégrer certaines clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, moyennant des conditions d'application et des régimes différents. Mais il est difficile d'entrevoir une notion unique qui serait à même d'intégrer l'ensemble de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, et même l'ensemble de la contestation des pratiques restrictives de concurrence mises en place à l'occasion d'un contrat, qui transcenderait les distinctions classiques du droit des contrats entre la formation et l'exécution du contrat, ou même entre le contrat et les comportements des contractants. La question de l'intégration en droit commun des dispositions actuelles du droit des pratiques restrictives de concurrence semble devoir recevoir une réponse négative. L'ensemble de ces notions ne peuvent, à elles-seules, intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Demeure la question de savoir si chacune d'elles ne peut pas en prendre une part, et c'est la question qui est posée par la réforme du droit des obligations, intervenue en février 2016⁷⁶, qui consacre plusieurs innovations⁷⁷ en droit commun des contrats, qui peuvent apparaître comme à même d'intégrer non pas la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence dans son entièreté, mais une part de celle-ci, l'ensemble desdites clauses pouvant ainsi être appréhendées par le droit commun, mais sur plusieurs fondements différents.

⁷⁵ Dans leur majorité, il s'agit du sens des travaux cités relativement à l'équilibre contractuel, à la proportionnalité, à l'abus de domination, de dépendance ou de puissance, même si tous ne mentionnent pas l'intégration, dans le droit modifié, des dispositions du droit spécial relatives aux pratiques restrictives de concurrence ; Pour un auteur intégrant expressément les pratiques restrictives de concurrence à la modification du droit commun, v. M. Chagny : *op. cit.*, n°915 et s.

⁷⁶ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; Cette ordonnance modifie le Code civil et entre en vigueur le 1^{er} oct. 2016 (art. 9).

⁷⁷ Pour reprendre l'expression de A. Bénabent et L. Aynès : « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », D. 2016, p. 434.

§2 : L'intégration en droit commun après la réforme de 2016.

472. Annonce. La réforme du droit des contrats intègre dans le Code civil plusieurs innovations qui peuvent permettre la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, de sorte qu'il faille se poser la question de savoir si ces modifications doivent conduire le législateur à abroger les dispositions spéciales relatives aux pratiques restrictives de concurrence. Après avoir regardé comment les innovations de l'ordonnance de 2016 peuvent avoir des effets en matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence (A), il conviendra alors de se demander si le droit commun peut intégrer la contestation de ces clauses (B).

A. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun par les innovations de la réforme de 2016.

473. Absence d'innovation relative à la bonne foi. L'ordonnance de réforme de droit des contrats contient plusieurs innovations pouvant intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, de sorte qu'il est possible, à titre liminaire, de constater qu'elle n'intègre pas de disposition unique dans ce domaine. En effet, l'ordonnance ne consacre pas en tant que tel le devoir de loyauté au stade de la formation ou de l'exécution du contrat. Le texte semble se contenter de reprendre les dispositions relatives à la bonne foi, telles qu'elles existaient. Ainsi, la négociation, la formation et l'exécution du contrat doivent être réalisées de bonne foi⁷⁸. En attendant les applications jurisprudentielles qui porteront sur ce texte, il semble qu'il faille considérer que la notion de bonne foi ne sorte pas grandement modifiée de la réforme⁷⁹. Il paraît possible, dès lors, de penser que l'application jurisprudentielle du texte ne soit pas grandement modifiée non plus. En l'absence de consécration d'un devoir de loyauté plus contraignant et incluant une sanction de comportements déloyaux spécifiques⁸⁰, l'intégration de la contestation des clauses qualifiées de

⁷⁸ Art. 1104 C. civ. tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » ; art. 1112 C. civ. tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

⁷⁹ Sur ce point, v. : M. Mekki : « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015, p. 816, spéc. n°44 ; N. Blanc : « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal., 30 avr. 2015, n°120, p.3, spéc. n°6.

⁸⁰ Peut-être est-il possible de considérer l'obligation d'information contenue dans l'article 1112-1 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 comme la sanction d'un comportement déloyal spécifique, celui qui consiste à maintenir dans l'ignorance d'une information importante son contractant au stade des pourparlers. Ce devoir d'information est vu comme permettant la « sanction du comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre » (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, JORF n°0035 du 11

pratiques restrictives de concurrence en droit commun doit nécessairement passer par plusieurs autres dispositions, qui respectent la division classique du droit des contrats entre les différents stades, la formation (1), et l'exécution du contrat (2).

1. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence au stade de la conclusion du contrat.

474. Annonce. En suivant le plan établi par l'ordonnance au sein du Sous-Titre 1^{er} du Livre III du Code civil, il est possible de distinguer trois innovations introduites par l'ordonnance du 10 février 2016, au stade de la conclusion du contrat, qui pourraient intégrer la contestation de clauses actuellement sanctionnée sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence : la consécration de l'abus de l'état de dépendance d'une partie par l'autre (a), la consécration de la possible contestation des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (b), et la consécration de la possible contestation des clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat (c).

a. La consécration de l'abus de dépendance en droit commun.

475. Apparition de l'abus de dépendance en droit commun. L'article 1143 du Code civil, tel que modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016⁸¹ prévoit qu'il « y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve

fév. 2016, n°11, spéc. 2°). En effet, ce texte prévoit que : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Au stade de la négociation du contrat, la jurisprudence avait consacré une obligation d'informer le contractant, l'absence d'information étant sanctionnée sur le terrain des vices du consentement (Sur ce point, V., parmi d'autres : Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, précité, n°94 considère que « l'information guérit l'erreur » (et exclut de son étude les obligations précontractuelles d'information) ; V. aussi : Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131, précité). Aujourd'hui, la sanction n'est d'ailleurs pas très différente d'une sanction sur le fondement des vices du consentement, puisqu'il s'agit d'une annulation du contrat si le défaut d'information a provoqué un vice du consentement et d'une responsabilité de celui qui n'a pas donné l'information si le défaut d'information n'a pas entraîné de vice du consentement mais a entraîné un préjudice (art. 1112-1 al. 6 C. civ. ; comp. art. 1137, Rapport au président de la République, précité, dans les parties relatives à ces textes), tout juste la preuve étant facilitée puisqu'il ne s'agit plus de démontrer l'existence d'un consentement vicié, mais simplement, pour celui qui n'a pas reçu l'information, que son contractant la lui devait, et pour ce dernier, qu'il l'a lui a donnée (art. 1112-1 al. 4 C. civ.). Il n'est pas certain que la consécration législative de cette obligation précontractuelle d'information, qui ne porte que sur les informations dont « l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre », puisse apparaître comme la consécration d'un devoir de loyauté spécifique, ni que cette disposition permette l'appréhension d'une quantité significative de clauses actuellement sanctionnées comme pratiques restrictives de concurrence. En effet, intervenant au stade de la négociation contractuelle, cette obligation paraît nettement moins contraignante que l'obligation de transparence qui existait déjà entre les professionnels qui sont soumis au droit des pratiques restrictives de concurrence (V. not. art. L. 441-6 C. com.). Elle semble, de plus, peu à même de permettre la sanction des pratiques qui consistent à imposer des obligations au cours de la négociation du contrat, qui peuvent être sanctionnées sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence.

⁸¹ Ci-après ord. n°2016-131.

son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »⁸². Le législateur semble avoir suivi une partie de la doctrine, qui appelait de ses vœux une telle consécration de l'abus de dépendance en droit commun⁸³, même s'il a retiré toute référence à une situation de faiblesse du contractant⁸⁴. Sans aller jusqu'à reprendre à l'identique les propositions doctrinales, il convient de constater que les éléments qui seront à caractériser pour démontrer cette forme particulière de violence ressemblent aux éléments développés par la doctrine. Ainsi, la démonstration devra, de manière cumulative, caractériser un état de dépendance d'un contractant par rapport à l'autre, un abus de cet état de dépendance, et un résultat, consistant à tirer de cet abus un avantage manifestement excessif⁸⁵. Ces conditions étant cumulatives, la démonstration du seul état de dépendance ne saurait suffire à elle seule à caractériser ce vice du consentement, tout comme la démonstration de la seule présence d'un avantage manifestement excessif ne pourra également permettre cette caractérisation. Le législateur paraît également consacrer un mouvement jurisprudentiel, qui tendait à assimiler à la violence, l'abus de

⁸² Sur ce texte, v. : M. Chagny : « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », in Dossier : *Réforme du droit des contrats : quel impact sur les contrats d'affaires*, AJCA, 2016, p. 115 ; Comp. : art 1142 du projet d'ordonnance du 25 fév. 2015 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations : « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse » ; Sur ce texte, v. : J.- P. Chazal : « Violence économique ou abus de faiblesse », in Dossier : « La réforme du droit des contrats, le débat », Dr. et patr., 10/2014, n°240, p. 47-49 ; H. Barbier : « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *idem*, p. 50-52 ; A. Maymont : « La violence économique : une réalité consacrée ? », RLDC, 11/2014, n°120, p. 8-12 ; P. Ancel : « art. 1142 : violence économique », in Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 747 ; *Adde*, pour une vision plus générale sur ce point : P. Ancel : « La puissance du contractant en droit commun des contrats », in Dossier : « La puissance du contractant », AJCA, 2015, p. 496 ; V. encore : F. Chénéde : « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », in Colloque : *Le projet de réforme du droit des contrats*, IX^e colloque annuel de l'association du Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, Paris, 3 avr. 2015, RDC, 2015 n°3 p. 615 s., spéc. p. 655, n°4 et s.

⁸³ Cf. en particulier : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, précité, spéc. n°915 et s., Comp. la proposition de rédaction de l'auteur n°919, qui tend à sanctionner « le fait d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle se trouve un partenaire en le soumettant à une obligation principale ou à un ensemble d'obligations manifestement disproportionnées par rapport à celles qu'il assume lui-même » ; A.- S. Choné : *Les abus de domination, essai en droit de la concurrence et en droit des contrats*, spéc. n°500 et s. où l'auteur formule une proposition analogue, considérant que les abus qui portent atteinte au marché doivent être sanctionnés par le droit de la concurrence et que ceux qui portent atteinte à un contractant doivent l'être sur le fondement du droit commun, Comp. la proposition de rédaction de l'auteur, n°526 pour insérer dans le Code civil les « abus dans le contrat », définis comme « l'exploitation abusive par un contractant de sa situation de domination par laquelle celui-ci impose à son partenaire des conditions qu'il n'aurait pas pu lui imposer s'il ne s'était pas trouvé dans cette position » ; Sur la dépendance économique en droit commun, Cf. *Supra*, n°197 et s.

⁸⁴ La situation de faiblesse du contractant faisait partie intégrante du texte (précité) proposé par la Chancellerie en fév. 2015 ; Il s'ensuit que le législateur n'est pas allé jusqu'à consacrer la proposition doctrinale de création d'un vice de faiblesse, sur ce point, v. : C. Ouerdane-Aubert de Vincelles : *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. précitée, spéc. n°438 et s., l'auteur mentionnant au titre des situations de faiblesse, la dépendance économique (n°459 et s.).

⁸⁵ Sur ces conditions, v. A.- S. Choné : *op. cit.*, n°526 ; M. Chagny : *op. cit.*, n°916-197 ; H. Barbier : « Le vice du consentement pour cause de violence économique », précité.

dépendance économique⁸⁶. En effet, la jurisprudence avait considéré que « la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion »⁸⁷, et avait précisé que « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement »⁸⁸. La définition jurisprudentielle contenait deux des éléments cumulatifs à caractériser pour démontrer la violence, un état de dépendance économique et une exploitation de cet état⁸⁹. La majorité des arrêts de la Cour de cassation relatifs à la question, ont refusé, en l'absence d'un de ces éléments, de constater l'existence du vice de violence⁹⁰. La consécration législative a ainsi le mérite de déterminer précisément les éléments à caractériser pour démontrer le vice de violence, en cas d'abus de dépendance, mais elle ne peut apparaître comme véritablement innovante en ce sens que la jurisprudence avait déjà permis la sanction d'engagements en cas de dépendance économique. La principale différence apparaît en ce que la disposition nouvelle impose la démonstration d'un résultat : l'avantage manifestement excessif, alors que la jurisprudence pouvait sembler permettre une sanction en l'absence de résultat. En effet, il a été considéré que la sanction pouvait s'appliquer à une exploitation abusive d'un état de dépendance « faite pour tirer profit de la crainte »⁹¹, ce dont il est possible de déduire que ce profit n'était pas indispensable pour que la sanction s'applique. Il convient également de noter que si la jurisprudence mentionnait une « dépendance économique », le législateur ne qualifie pas la dépendance, laissant un champ d'application plus large que la seule dépendance économique au texte. La disposition pourra donc être invoquée dans d'autres

⁸⁶ Sur ce point, v. : Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131, dans sa partie relative à ce texte.

⁸⁷ Cass., 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n°98-15.242 ; Bull. civ. I, n°169 ; P. Aff., 2000, n°233, p. 18, note sous arr. S. Szames ; Defrénois, 2000, n°19, p. 1124, note P. Delebecque ; CCC, 2000, comm. 142, note L. Leveneur ; RTD Civ., 2000, p. 827, note J. Mestre et B. Fages ; *idem*, p. 863, note P.- Y. Gautier ; D. 2000, p. 879, note J.- P. Chazal ; D. 2001, p. 1140, note D. Mazeaud ; JCP, G, 2001, II, 10461, note sous arr. G. Loiseau ; JCP, E, 2001, p. 571, note R. Secnazi.

⁸⁸ Cass., 1^{ère} civ., 3 avr. 2002, n°00-12.932 ; Bull. civ., I, n°108 ; D. 2002, p. 1860, notes sous arr. J.- P. Gridel et J.- P. Chazal ; D. 2002, p. 2844, note D. Mazeaud ; CCE, 2002, comm. 80, note sous arr. C. Caron ; CCE, 2002, comm. 89, note P. Stoffel-Munck ; RTD Civ., 2002, p. 502, note J. Mestre et B. Fages ; Defrénois, 2002, n°19, p. 1246, note E. Savaux.

⁸⁹ Sur ce point, v. G. Chantepie : *La lésion*, précité, n°687.

⁹⁰ V. par ex., en l'absence de caractérisation d'une situation de dépendance économique : Cass. 1^{ère} civ., 18 fév. 2015, n°13-28.278, Bull. civ., I, n°44 ; Gaz. Pal., 9 juill. 2015, n°190, p. 16, note D. Houtcieff *in* Chr. « chronique de jurisprudence de droit des contrats », l'auteur mentionnant l'application rare du vice de violence ; RTD Civ., 2015, p. 371, note H. Barbier, qui constate également que les juges n'ont jamais accédé à la demande d'un contractant réclamant l'application de la violence économique ; RDC, n°3-2015, p. 445, note sous arr. E. Savaux ; AJCA, 2015, p. 221, note L. Perdrix ; V. aussi par ex., en l'absence de la caractérisation de l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique : Cass., 1^{ère} civ., 3 avr. 2002, n°00-12.932, précité ; *Adde* : les exemples cités par H. Barbier, note précitée ; V. *Contra*, constatant l'existence d'un vice de violence tiré de la contrainte économique : Cass. 1^{ère} civ., 4 fév. 2015, n°14.10-920 ; CCE, 2015, comm. 33, note G. Loiseau ; RDC, n°3-2015, p. 445, note sous arr. E. Savaux, précitée.

⁹¹ Cf. Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2002, précité.

rapports que les seuls rapports entre entreprises de puissance inégale⁹². C'est pourtant cette situation qui vient immédiatement à l'esprit à la lecture du texte nouveau, et c'est également dans cette situation que pourront potentiellement être contestées des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement de ce texte.

476. La possible contestation de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement de l'abus de dépendance. Au-delà de la question des seules clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, il apparaît que l'assimilation à la violence d'un abus de dépendance constitue un exemple assez remarquable de migration en droit commun d'une disposition qui fit partie intégrante du droit des pratiques restrictives de concurrence. L'abus de dépendance économique a en effet existé en droit des pratiques restrictives de concurrence entre 2001 et 2008⁹³. Abrogé depuis la loi de modernisation de l'économie, l'abus de dépendance n'était plus sanctionné qu'en tant que pratique anticoncurrentielle⁹⁴, supposant donc une atteinte réelle ou potentielle au marché, mais ne l'était plus, en droit de la concurrence, entre partenaires contractuels. Le droit commun vient ici, en l'adaptant, consacrer une ancienne pratique restrictive de concurrence, qui permettait la contestation de conditions commerciales ou d'obligation injustifiées, obtenus en abusant d'une relation de dépendance, ou de puissance d'achat ou de vente⁹⁵. Néanmoins, cette pratique restrictive de concurrence n'avait pas connu d'applications significatives au moment où elle était en vigueur⁹⁶. La question est ainsi de savoir si l'abus de dépendance, sanctionné comme vice de violence dans le cas où elle conduit un contractant à tirer un avantage manifestement excessif de l'abus, peut permettre la contestation de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, alors même que la pratique restrictive de concurrence, lorsqu'elle existait, ne l'avait pas, concrètement, permis. Cette question semble devoir recevoir une réponse contrastée. En effet, si une clause, actuellement sanctionnable sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, procure un avantage manifestement excessif, et qu'elle a été

⁹² V. sur ce point : Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131, dans sa partie relative au texte, qui précise que : « L'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence l'abus de la dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents, et que la doctrine et les praticiens qualifient de « violence économique », même si le texte est en réalité plus large, et n'est pas circonscrit à la dépendance économique (article 1143). En effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles ».

⁹³ La pratique restrictive de concurrence d'abus de dépendance économique a été intégrée par la loi n°2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 56, et a été abrogée par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 93 ; Sur cette pratique, cf. *Supra*, n°207.

⁹⁴ Cf. art. L. 420-2, al. 2 C. com. ; sur cette pratique anticoncurrentielle, cf. *Supra*, n°189 et s.

⁹⁵ Cf. art. L. 442-6, 2°, b), dans sa rédaction antérieure à la loi n°2008-776 du 4 août 2008.

⁹⁶ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°195.

stipulée uniquement en raison d'un abus de dépendance, cette clause pourra être sanctionnée sur le fondement de la disposition nouvelle. Il convient d'attendre les applications jurisprudentielles de ce texte pour savoir si les juges admettent une telle sanction sur le fondement du droit commun. Pour autant, compte tenu des conditions d'application du texte, nettement plus strictes que celles qui permettent la qualification d'une pratique restrictive de concurrence, et compte tenu des applications jurisprudentielles antérieures de la contrainte économique, il est possible de considérer qu'il ne faille pas s'attendre à des annulations d'un grand nombre de contrats sur ce fondement. La sanction elle-même risque d'être un frein à l'application du texte, les parties n'ayant pas nécessairement intérêt à la disparition rétroactive de leur contrat qui constitue la sanction d'un vice du consentement⁹⁷. Aussi, la sanction de la dépendance en tant que forme particulière du vice de violence risque de ne pas être le fondement le plus adapté pour intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, à la fois parce que ses conditions d'application sont strictes, et parce que sa sanction consiste en la disparition du contrat. La réforme du droit des contrats contient d'ailleurs un fondement *a priori* nettement plus accueillant pour la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, la sanction des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

b. La consécration des clauses abusives en droit commun.

477. Apparition d'une sanction des clauses abusives en droit commun. Certes, l'expression « clause abusive » demeure absente du Code civil, à l'issue des modifications opérées par l'ordonnance n°2016-131. Pourtant, la lecture du nouvel article 1171 du Code civil ne laisse guère de place au doute, et dispose que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite »⁹⁸. L'expression « déséquilibre significatif » est en effet celle qui permet de

⁹⁷ Cf. : art. 1131 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 : « Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat » ; Sur ce point, v. H. Barbier : « Le vice du consentement pour cause de violence économique », précité.

⁹⁸ Sur ce texte, v. : M. Chagny : « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de dépendance et le déséquilibre significatif », précité ; M. Béhar-Touchais : « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », JCP, G, 2016, 391 ; Comp. : art. 1169 du projet d'ordonnance du 25 fév. 2015 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée » ; Sur ce texte, v. : N. Dissaux : « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *in* Dossier : « La réforme du droit des contrats : le débat », Dr. et part., 10/2014, n°240, p. 53-56 ; P. Stoffel-Munck : « Les clauses abusives : on attendait Grouchy », *idem*, p. 56-59 ; R. Boffa : « Juste cause (et injuste clause) », D. 2015, p. 335, spéc. n°18 et s. ; F. Bicheron : « N'abusons pas de la clause abusive », Gaz. Pal., 30 avr. 2015, n°120, p. 24 ; G. Chantepie : « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », AJCA, 2015, p. 121 ; N. Sauphanor-Brouillaud : « Observations sur l'article 1169 du

qualifier une clause abusive, sur le fondement du droit de la consommation⁹⁹, en décrivant le résultat auquel conduit la clause¹⁰⁰. La consécration en droit commun de la sanction des clauses abusives semble néanmoins s'affranchir du passage par la notion d'abus¹⁰¹, puisqu'elle stigmatise les clauses créant un déséquilibre significatif, sans que la caractérisation de l'origine dudit déséquilibre, *via* l'abus, ne semble indispensable. Le droit commun consacre ainsi une sanction des clauses abusives, même s'il faut préciser que cette consécration est limitée.

478. Une consécration limitée des clauses abusives en droit commun. Contrairement à ce que pouvait laisser présager le projet, la sanction des clauses abusives a d'abord été cantonnée par le législateur aux seuls contrats d'adhésion¹⁰². Ces contrats d'adhésion¹⁰³ sont

projet », P. Aff., 4 sept. 2015, n°177, p. 70 ; S. Bros : « art. 1169 : Le déséquilibre significatif », in Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 761 ; L. Gratton : « Les clauses abusives en droit commun des contrats », D. 2016, p. 22 ; Adde : E. Gicquiaud : « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », précité, spéc. n°33.

⁹⁹ Art. L. 132-1 C. conso. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » ; Sur ce point, v. : Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131, dans sa partie relative à ce texte.

¹⁰⁰ V. sur cette distinction entre le résultat et l'origine du déséquilibre : A. Karimi : *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, th. préf. P. Simler, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 306, 2001, n°38 ; Adde, relativement à la définition du « déséquilibre significatif » en droit de la consommation : C.- M. Peglion-Zika : *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, th. dactyl., dir. L. Leveneur, Université Paris-II Panthéon-Assas, 2013, n°297 et s., où l'auteur insiste sur le caractère indéterminé de la notion (spéc. : n°312 et s.), et sur sa qualité de standard juridique (spéc. : n°298 et s.).

¹⁰¹ Le texte ne contient en effet pas de référence à l'abus ; V. : *contra* : A. Karimi : *op. cit.*, dont le raisonnement consiste à démontrer que les clauses abusives trouvent leur origine dans un abus, en particulier dans l'abus de puissance économique.

¹⁰² Cette limitation n'est pas prévue en droit de la consommation ; La directive 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs prévoyait pourtant une harmonisation des dispositions nationales relatives aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs dans les contrats d'adhésion (v. art. 3 de la directive : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat »). Le droit national de la consommation n'a pas repris cette limitation, ainsi que la directive le permettait, étant d'application minimale et permettant aux états de garantir un niveau de protection plus élevé aux consommateurs (art. 8 de la directive).

¹⁰³ Sur le contrat d'adhésion, tel qu'il a pu être défini en doctrine avant la promulgation de l'ordonnance, v. en particulier : G. Berlioz : *Le contrat d'adhésion*, th. préf. B. Goldman, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 132, 1973, n°41 ; O. Litty : *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, th. préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 322, 1999, n°3 ; X. Testu : « Le juge et le contrat d'adhésion », JCP, G, 1993, I, 3673 ; J. Ghestin : « Rapport introductif », in *Clauses abusives entre professionnels*, colloque, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques, 1998, p. 3-14, spéc. p. 8 ; J. Carbonnier : *Droit civil*, t. 4 : *Les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Thémis droit, 2000, n°39 ; F. Chénéde : « Raymond Saleilles : Le contrat d'adhésion », RDC, n°1-2012, p. 241 (1^{ère} partie), et n°3-2012, p. 1017 (2^{ème} partie) ; Adde, relativement à la question de la nature contractuelle des contrats d'adhésion : R. Saleilles : *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris : Librairie Cotillon, Librairie du Conseil d'état et de la Société de législation comparée, 1901, art. 133, n°89, p. 229, qui les définit comme les contrats dans lesquels il y a « prédominance exclusive d'une seule volonté », de sorte qu'ils doivent être considérés (n°91) davantage comme « des manifestations unilatérales de volontés parallèles » que comme des contrats ; *Contra* : G. Dereux : « De la nature juridique des « contrats

définis par le Code civil, à l'issue des modifications opérées par l'ordonnance n°2016-131, comme ceux dont « les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁰⁴. Cette définition doit conduire à considérer que les contrats d'adhésion sont des contrats non-négociés, ou plus précisément dont les conditions générales ne sont pas négociées, ce qui semble permettre de qualifier d'adhésion un contrat dont seules les conditions particulières ont fait l'objet d'une négociation. Il va de soi que ce type de contrats représente le « terrain d'élection »¹⁰⁵ des clauses abusives. Il est probable également que ce type de contrats se rencontre davantage dans des relations où un contractant se trouve en position de force¹⁰⁶. Pour autant, il s'agit d'une limitation de la consécration en droit commun des clauses abusives, puisqu'il aurait été possible d'imaginer une prohibition des clauses abusives dans les contrats négociés¹⁰⁷, ce qui aurait permis par exemple une sanction de ces clauses dans les contrats où une situation de dépendance existe, sans que celle-ci puisse être qualifiée de violence, au sens du nouvel article 1143 du Code civil. En effet, les conditions d'application de ce texte imposent la démonstration d'un abus de dépendance qui a pour effet de conférer un avantage manifestement excessif à l'une des parties. Cet avantage manifestement excessif, dans le cas où la situation de dépendance ne peut être caractérisée, ou dans le cas où aucun abus de cette situation n'a été commis, peut demeurer, alors qu'il pourrait entrer dans le cadre de la prohibition des clauses abusives. Ainsi, l'application cumulée des deux dispositions risque de laisser subsister des déséquilibres significatifs dans des contrats négociés, même si cette négociation s'est réalisée dans un contexte particulier. Ensuite, la sanction des clauses abusives ne peut s'étendre à des clauses qui portent sur l'objet principal de la prestation prévue par le contrat, ou à celles qui portent sur l'adéquation du prix à la prestation¹⁰⁸. Cette limite, directement inspirée du droit de la consommation¹⁰⁹, oblige à se poser la question, au moment de critiquer une clause sur le fondement du déséquilibre

d'adhésion » », RTD Civ., 1910, p. 503-541, spéc. p. 530 où l'auteur se montre en faveur de leur qualification comme des contrats.

¹⁰⁴ Nouvel art. 1110, al. 2. C. civ. ; Comp. : art. 1108, al. 2 du projet d'ordonnance du 25 fév. 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties » ; Sur ce texte, v. : F. Chénédy : « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », D. 2015, p. 1226 ; R. Boffa : « article 1108 : le contrat d'adhésion », in Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 736.

¹⁰⁵ Pour reprendre les termes du Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131, dans sa partie relative à ce texte.

¹⁰⁶ V. : X. Testu : *op. cit.*, spéc. n°8.

¹⁰⁷ Ceux-ci n'étaient d'ailleurs pas exclus de la version issue du projet publié en fév. 2015.

¹⁰⁸ Nouvel art. 1170, al. 2 C. civ.

¹⁰⁹ Comp. : art. L. 132-1, al. 8 C. conso. : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

significatif, de savoir si cette clause porte sur l'objet principal de la prestation, ou sur l'adéquation du prix à la prestation. Finalement, il semble que seules les « clauses accessoires du contrat »¹¹⁰ pourront être critiquées, tout comme en droit de la consommation¹¹¹, même si le texte ne couvre pas totalement le domaine de la disposition consumériste en raison de sa limitation aux contrats dont les conditions générales n'ont pas été négociées. Les limites à la consécration des clauses abusives en droit commun étant précisées, demeure la question de savoir si la disposition permet l'intégration en droit commun de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

479. La possible contestation de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement des clauses abusives. A première vue, l'article 1171 du Code civil peut sembler à même d'inclure les clauses dont la contestation a actuellement lieu sur le fondement du déséquilibre significatif entre partenaire commerciaux¹¹². En effet, les deux dispositions apparaissent rédigées dans des termes similaires. L'absence de mention relative au contrat d'adhésion en droit de la concurrence paraît, de plus, palliée par les applications du texte, essentiellement réalisées en matière de contrats d'adhésion¹¹³. Le texte nouveau semble devoir trouver application dans les relations contractuelles entre professionnels. Ainsi, il invite à se poser la question de savoir si, comme en matière de dépendance¹¹⁴, il constitue une migration en droit commun d'une des pratiques restrictives de concurrence, rendant inutile la

¹¹⁰ G. Dereux : *op. cit.*, spéc. p. 527 et s. où l'auteur développe une intéressante distinction, au sein des contrats d'adhésion, entre leurs clauses principales et leurs clauses accessoires, les premières ayant reçu toute l'attention des deux parties, les secondes ayant été acceptées telles quelles et pouvant donc, selon l'auteur, être remises en cause en se fondant sur l'équité et la bonne foi afin qu'elles ne conduisent pas à remettre en cause l'essence même du contrat, en somme l'auteur considère que « ces clauses ne peuvent avoir d'effet juridique que si elles ont pour résultat de préciser ou de compléter les clauses essentielles » ; Cette distinction ancienne peut sembler proche de celle que propose de réaliser le législateur, au sein des mêmes contrats d'adhésion, entre les clauses portant sur l'objet ou sur l'adéquation du prix à la prestation et les autres clauses, qui peuvent être critiquées et sanctionnées si elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

¹¹¹ V. not. en ce sens, relativement à la législation consumériste : X. Lagarde : « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Etude pratique », JCP, G, 2006, I, 110, spéc. n°6 où l'auteur estime que les clauses principales sont « soustraites au contrôle de l'abus » ; S. Le Gac-Pech : « Ecueils et limites de la législation sur les clauses abusives », note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2015, n°14-13.193, JCP, E, 2015, 1509, où l'auteur rappelle que « la loi limite l'appréciation du caractère abusif aux seules clauses accessoires du contrat puisqu'elle exclut tout contrôle des clauses portant sur l'objet principal ».

¹¹² Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

¹¹³ La doctrine a en effet mis en évidence que les juges mettaient en avant l'absence de négociation du contrat pour justifier la sanction, ce qui ressort des décisions jurisprudentielles appliquant la disposition relative au déséquilibre significatif entre professionnels, sur ce point, v. : E. Gicquiaud : « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », précité, spéc. n°18 ; M. Béhar-Touchais : « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », JCP, G, 2015, 603, spéc. n°19, où l'auteur cite des décisions qui montrent que les juges refusent l'application du texte lorsque le contrat a été négocié.

¹¹⁴ Cf. *Supra*, n°476.

disposition existante. La réponse paraît évidente, et devoir aller dans le sens de la consécration en droit commun de cette pratique restrictive de concurrence¹¹⁵.

Pourtant, il convient d'être plus nuancé. La consécration en droit commun d'une sanction des clauses abusives est en effet limitée. Ces limites doivent inviter à considérer cette disposition comme plus proche du droit de la consommation¹¹⁶, que du droit des pratiques restrictives de concurrence. En effet, le déséquilibre significatif prévu par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce diffère des clauses abusives du droit de la consommation¹¹⁷, et diffère également du droit des contrats, telle qu'issu de l'ordonnance n°2016-131. Parmi les différences, il faut notamment relever que la sanction du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties entre professionnels n'est pas limitée aux obligations accessoires du contrat¹¹⁸, de sorte que la pratique restrictive de concurrence a un champ d'application plus large que le droit de la consommation et le droit commun. Aussi nette que soit cette différence, elle n'apparaît pourtant pas comme la plus fondamentale entre le texte de droit des contrats et celui du droit commercial. En effet, le droit de la concurrence sanctionne avant tout une pratique, sanction qui peut avoir éventuellement des effets sur une ou plusieurs clauses d'un contrat. Cette sanction oblige à procéder à une appréciation de la pratique et de ses effets. Ainsi, la sanction peut être prononcée pour une pratique qui n'a pas encore engendré de clauses particulière, grâce à la possibilité d'intervention au stade de la négociation du

¹¹⁵ V. pour un auteur qui suggère la question de l'intégration en droit commun de la disposition : J. Mestre : « La réforme projetée du droit français des contrats », RLDC, déc. 2015, n°132, supplément : « Actes des rencontres Lamy droit civil », Montpellier, 25 sept. 2015, p. 6-11 ; M. Chagny : « Droit commun et droits spéciaux », in Colloque : *Réforme du droit commun des contrats et droit de la distribution*, Lille, 2016, dir. G. Chantepie et N. Dissaux, à paraître ; *Contra* : D. Mazeaud : « Réforme, vous avez dit réforme ? », JCP, G, 2016, 243, où l'auteur mentionne le champ d'application nécessairement réduit de la disposition nouvelle « en raison de la « concurrence » du Code de la consommation et du Code de commerce ».

¹¹⁶ La proximité avec le droit de la consommation ne signifie pas l'identité avec celui-ci, puisque le droit de la consommation n'empêche pas la contestation de clauses abusives dans des contrats négociés, même si ces contrats peuvent être, entre consommateurs et professionnels, plus rares que les contrats d'adhésion.

¹¹⁷ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°216 et s.

¹¹⁸ Ce point est largement relevé en doctrine, v. par ex. : M. Malaurie-Vignal : « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il des limites à la négociation contractuelle ? », précité, n°20 ; M. Behar-Touchais : « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », précité, *in fine* ; M. Chagny : « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008 », JCP, G, 2008, I, 196, n°15 ; C. Pichon de Bury, C. Minet : « Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME », CCC, 2008, étude 13, n°18 ; S. Le Gac-Pech : « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », CCC, 2009, Etude, 12, n°34-35 ; Y. Utzschneider, A. Lamothe : « Que penser de l'introduction d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », RDC, n°3-2009, p. 1261 ; R. Saint-Esteben : « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », précité, n°16 ; M. Chagny : « De l'abus de la relation de dépendance au déséquilibre significatif », précité, n°25 ; R. Amaro : « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », précité, n°5-6 ; V. *Contra* : M. Cousin : « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? », précité, n°51-55, où l'auteur estime que le texte ne peut s'appliquer à un contrôle d'un juste prix.

contrat¹¹⁹. La pratique peut ensuite être sanctionnée lorsqu'elle a engendré la stipulation de clauses qui permettent de prendre la mesure du déséquilibre. Le droit commun, tout comme le droit de la consommation, lorsqu'ils prévoient la sanction du déséquilibre significatif, se limitent à la sanction d'une clause qui engendre le déséquilibre, sans aller jusqu'à sanctionner la pratique qui consiste à insérer cette clause. Ainsi, il sera nécessaire que la clause soit stipulée, et qu'elle crée le déséquilibre significatif pour être sanctionnée sur le fondement du nouvel article 1171 du Code civil¹²⁰. La disposition du droit des contrats apparaît alors plus précise que celle du droit des pratiques restrictives de concurrence, et limitée à la sanction de clauses. Au contraire, le déséquilibre significatif entre professionnels ne fait pas référence à une clause du contrat. Le texte est moins précis et ne mentionne que des obligations créant un déséquilibre significatif, ce qui est assurément plus large¹²¹, et permet l'appréciation de plusieurs clauses qui, ensemble, créent une obligation, voire l'appréciation d'un contrat dans son ensemble, tendant à mettre à la charge d'une partie une obligation dont il conviendra de ce demander si elle déséquilibre les droits et obligations des parties. L'appréciation que devra faire le juge, sur le fondement du droit commun, se limitera alors à regarder si une clause d'un contrat a pour effet la création d'un déséquilibre significatif. Au contraire, sur le fondement de la disposition du droit des pratiques restrictives de concurrence, le juge devra se livrer à une appréciation des obligations des parties, pour savoir si l'une d'elles n'a pas pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ainsi, outre les limites du texte de droit commun, qui n'existent pas en droit des pratiques restrictives de concurrence, c'est la distinction entre la sanction d'une clause et celle d'une pratique, qui doit conduire à distinguer nettement les deux dispositions, la sanction d'une pratique étant nécessairement différente de celle d'une clause. La clause est en effet sanctionnée en ce qu'elle sera réputée non écrite, alors que la pratique, en tant que fait juridique, conduisant à la stipulation d'une ou plusieurs clauses ou ayant pour effet la stipulation d'une ou plusieurs clauses, sera sanctionnée par la mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle de son auteur. L'assimilation de clauses à une pratique restrictive de concurrence, réalisée en droit spécial, n'est ainsi pas réalisée en droit commun. Le droit commun conserve sur ce point une logique identique à celle

¹¹⁹ Art. L. 442-6, I, 2° : « Soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » ; La partie « tenter de soumettre » permet une sanction de la pratique avant que celle-ci ne se soit matérialisée par une clause contractuelle. Sur ce point, cf. *Supra*, n°219.

¹²⁰ L'art. 1171 du Code civil, tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 exige en effet une « clause qui crée un déséquilibre significatif » ; L'affirmation est également vraie en droit de la consommation, où l'art. L. 121-1 C. conso. sanctionne comme clause abusive « la clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

¹²¹ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°217.

qui présidait avant la réforme, en appréhendant certes parfois des clauses ou des contrats, mais en n'appréhendant pas, plus généralement, des pratiques qui peuvent avoir été mises en place par des contractants au stade de la négociation ou de la conclusion du contrat, pratiques qui peuvent avoir pour effet certaines stipulations de ce contrat. Le droit commun ne peut être considéré comme prenant en compte la dimension de pratique que peut avoir une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Sur ce point, sa logique s'avère différente de celle du droit des pratiques restrictives de concurrence. Pour répondre à la question de savoir si la disposition peut intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, il semble cette intégration n'est possible que pour certaines de ces clauses, mais probablement pas pour l'ensemble de celles-ci¹²², la disposition du droit civil étant plus précise que celle du droit des pratiques restrictives de concurrence. Assurément, le droit commun ne rend pas caduque la disposition de droit spécial en matière de pratiques restrictives de concurrence, pas davantage d'ailleurs qu'il ne rendrait caduque la disposition de droit de la consommation, qui permet la contestation des clauses abusives dans les contrats qui ont fait l'objet d'une négociation. Une partie seulement des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence peut être intégrée dans la disposition relative aux clauses abusives du droit commun, alors qu'une autre partie pourra s'intégrer dans la disposition sanctionnant les clauses méconnaissant l'obligation essentielle du contrat.

c. La consécration de la sanction des clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat.

480. Apparition d'une sanction des clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat. Le nouvel article 1170 du Code civil, issu de l'ordonnance n°2016-131 prévoit que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du contrat est réputée non écrite »¹²³. Cette disposition s'inscrit comme consacrant la jurisprudence relative aux clauses limitatives de responsabilité dans les contrats, qui s'est notamment construite

¹²² Sur ce point, v. déjà : A. Karimi : *op. cit.*, n°18 et s. où l'auteur constate que le droit commun peut appréhender certaines clauses abusives, mais qu'il ne les appréhende pas toutes.

¹²³ Sur ce texte, v. : B. Bernard : « Les clauses limitatives de responsabilité ou de réparation dans la réforme (art. 1170) : continuité ou remaniement ? », *Dr. et patr.*, 03/2016, n°256, p. 26-30 ; *Comp.* : art. 1168 du projet d'ordonnance du 25 fév. 2015 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du contrat est réputée non écrite » ; sur ce texte, v. : P. Delebecque : « Art. 1168 : Clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *in* Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », *RDC*, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 759.

depuis les arrêts *Chronopost*¹²⁴, et jusqu'aux décisions *Faurecia*¹²⁵. Plus exactement, la réforme donne un nouveau fondement textuel à ces solutions jurisprudentielles, tandis que le fondement sur lequel elles avaient été rendues, la cause, disparaît¹²⁶. Ce faisant, le nouveau texte n'apparaît pas limité aux seules clauses limitatives de responsabilité, et peut donc s'appliquer à toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du contrat, en laissant subsister les clauses qui ne portent pas cette atteinte¹²⁷. La disposition intervient en complément de celle relative aux clauses abusives. En effet, il est aisé d'imaginer que la clause dont il est question pourra être qualifiée de clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, en ce que l'une des parties voit, par cette clause, son obligation privée de sa substance. Pour autant, cette disposition pourra être invoquée dans tous les contrats, et non pas seulement dans les contrats d'adhésion. Ce champ d'application plus large justifiait un texte spécifique. La prohibition de ces clauses pourra également être invoquée dans les relations entre professionnels, intégrant la contestation de clauses qui peuvent actuellement être qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

481. La possible contestation de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement de la sanction des clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat. Les clauses limitatives de responsabilité ou d'indemnisation, qui les limitent à un tel point qu'il est possible de considérer que l'obligation essentielle du contrat est privée de sa substance peuvent constituer, entre professionnels, des pratiques restrictives de concurrence. En effet, ces clauses permettent de constater la pratique de soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif, en raison du déséquilibre existant entre l'obligation, dont il est précisé qu'elle ne peut donner lieu à

¹²⁴ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°60-61 ; Cass. com., 22 oct. 1996, aff. *Chronopost*, n°93-18.632, Bull. civ. IV, n°261 : « En raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite » ; A la suite de cet arrêt, la jurisprudence a ensuite construit une définition de la faute lourde du débiteur de l'obligation, seule manière d'échapper à l'application d'une clause prévue non plus par un simple contrat, mais par un contrat-type prévu par un décret, v. not. : Cass. Ch. mixte, 22 avr. 2005, n°02-18.326 et n° 03-14.112, Bull. mixt. n°4 ; Cass. com., 21 fév. 2006, n°04-20.139, Bull. civ. IV n°48 ; Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974, Bull. civ., IV, n°132 ; V. pour les principales notes publiées relativement à ces arrêts, *Supra*, n°61.

¹²⁵ Cass. com., 13 fév. 2007, aff. *Faurecia*, n°05-17.407, Bull. civ. IV, n°43 ; Cass. com., 29 juin 2010, aff. *Faurecia 3*, n°09-11.841, Bull. civ. IV, n°115 : « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur » ; *Adde* : Cass. com., 5 juin 2007, aff. *Extend*, n°06-14.832, Bull. civ. IV, n°157 ; V. pour les principales notes publiées relativement à ces arrêts, *Supra*, n°61.

¹²⁶ Sur ce point, v. : M. Latina et G. Chantepie (dir.) : *Blog Dalloz : Réforme du droit des obligations*, article de G. Chantepie : « obligation essentielle et clauses abusives », mars 2015, consultable à l'adresse suivante : <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/13/obligation-essentielle-et-clauses-abusives/#more-40>.

¹²⁷ Ainsi, une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle n'est réputée non écrite que si elle vide cette obligation essentielle de sa substance, v. sur ce point : Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131, précité, dans sa partie relative à l'art. 1170.

responsabilité, ou qu'elle ne peut donner lieu qu'à une faible indemnisation, et l'obligation de l'autre partie, dont la sanction de l'inexécution sera plus importante. Cependant, le droit des pratiques restrictives de concurrence vient sanctionner, certes une clause, mais avant tout une pratique, par la mise en œuvre de la responsabilité civile de celui qui l'a mise en œuvre. Cette sanction peut avoir lieu de manière préventive, avant même que la clause n'intègre le contrat, au stade des négociations. Pour autant, la disposition nouvelle du Code civil peut être vue comme clarifiant la situation de ces clauses. Au contraire du droit spécial, la sanction n'est pas la responsabilité civile du contractant, mais consiste à réputer non écrite la clause. *In fine*, le résultat s'avèrera proche, puisqu'en réputant non écrite une clause limitative de responsabilité, le texte conduit à engager la responsabilité du contractant qui n'a pas exécuté son obligation, dans les conditions prévues par le Code civil¹²⁸. Néanmoins, la responsabilité prévue dans ce cas est une responsabilité contractuelle, sensiblement différente de la responsabilité délictuelle prévue par le droit des pratiques restrictives de concurrence, notamment en ce que cette responsabilité, destinée à réparer le préjudice subi par le contractant en raison de l'inexécution, suppose une mise en demeure du débiteur¹²⁹ et une limitation de l'indemnisation à ce qui a été prévisible lors de la conclusion du contrat¹³⁰. Finalement, les clauses limitatives de responsabilité qui privent de leur substance les obligations essentielles des débiteurs pourront être contestées sur le fondement de la disposition nouvelle, spécifiquement conçue pour ces situations. Les clauses qui ne vont pas jusqu'à priver de leur substance les obligations essentielles des débiteurs pourront, quant à elles, être contestées sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence, dans le cas où elles permettent de caractériser un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

482. Contestation limitée des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement des dispositions du droit commun réformé relatives à la formation du contrat. Au terme de l'étude des innovations de la réforme de 2016 pouvant intégrer les actuelles clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, il apparaît que certaines clauses actuellement contestables sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence pourront être contestées sur le fondement du droit commun. Pour autant, les dispositions nouvelles ne permettent pas d'accueillir l'ensemble de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, étant soumises à des conditions

¹²⁸ Cf. : nouvel art. 1217 C. civ.

¹²⁹ Cf. nouvel art. 1231 C. civ. ; comp. anc. art. 1146 C. civ., prévoyant déjà la mise en demeure du débiteur par le créancier.

¹³⁰ Cf. nouvel art. 1231-3 C. civ. ; comp. anc. art. 1150 C. civ., prévoyant déjà la limitation de l'indemnisation à ce qui est prévu ou ce qu'on a pu prévoir lors de la conclusion du contrat.

d'application plus strictes. Demeure la question de savoir si les clauses non-contestables lors de la formation du contrat, mais qui le deviennent en cours d'exécution sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence peuvent être appréhendées par le droit commun réformé.

2. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence au stade de l'exécution du contrat.

483. Apparition de l'imprévision en droit commun ? Du point de vue des effets du contrat, l'ordonnance n°2016-131 prévoit une de ses « innovations majeures »¹³¹, l'imprévision. L'article 1195, tel qu'issu de l'ordonnance 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 ». Le texte poursuit ensuite en précisant que « 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 »¹³². Ce nouvel article laisse en premier lieu aux parties le soin d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances. Cependant, cette prérogative ne peut être considérée comme fondamentalement nouvelle, les parties ayant déjà, sous l'empire de la loi ancienne, la possibilité de renégocier leur contrat en cas de changement de circonstances. Alors que la disposition nouvelle laisse aux parties le soin d'adapter leur contrat, il semble qu'elle ne puisse pas être regardée comme une disposition consacrant la théorie de l'imprévision en droit

¹³¹ Pour reprendre les termes du rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131, dans sa partie relative à l'art. 1195 ; Cf. aussi : art. 8, 6° de la loi n°2015-177 du 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, qui prévoyait que l'ordonnance devait prévoir la possibilité pour les parties d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances.

¹³² Comp. art. 1196 du projet d'ordonnance du 25 fév. 2015 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations : « 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. [al. 2] En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe » ; Sur ce texte, v. : P. Chauviré : « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, n°120, p. 29, spéc. n°11-12 ; R. Cabrillac : « article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *in* Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », *RDC*, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 771 ; Y. Picod : « Le charme discret de l'imprévision à la française », *AJCA*, 2015, p. 441 ; J.- D. Pellier : « Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats », *P. Aff.*, 16 nov. 2015, n°228, p. 8 ; N. Molfessis : « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP, G*, 2015, 1415.

privé français, pourtant consacrée en droit public¹³³. La théorie de l'imprévision, qui a été largement développée en doctrine¹³⁴, suppose de ne pas laisser au seules parties le soin de modifier leur contrat à la suite d'un changement de circonstances, mais investit le juge du pouvoir d'adapter le contrat dans ce cas¹³⁵. Le législateur demeure finalement dans la lignée de l'arrêt Canal de Carponne¹³⁶, qui considérait, il y a cent-quarante ans, qu'il n'appartient pas aux juges de modifier le contrat des parties en fonction des circonstances. Cet arrêt confiait, en effet, déjà aux parties le soin de modifier leur contrat en cas de changement de circonstances. Le législateur vient, de manière plus claire, le consacrer dans le premier alinéa du texte. Ce faisant, la règle nouvelle semble plus proche des auteurs qui ont développé le devoir de renégociation¹³⁷, qui fait reposer l'adaptation du contrat sur les parties, en se fondant sur l'exigence générale de bonne foi¹³⁸, ce qui a parfois été admis en jurisprudence¹³⁹, et qui pouvait être vu comme le « contenu minimal d'une réforme »¹⁴⁰.

¹³³ Cf. CE, 8 fév. 1918, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 2013 n°30, p. 183-191.

¹³⁴ Cf. *Supra*, n°298.

¹³⁵ Cf. *Supra*, n°295.

¹³⁶ Cass. civ., 6 mars 1876, qui précisait « qu'il n'appartient pas aux tribunaux, que le équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants » ; Sur cet arrêt, v. : D. 1876, 1, 193, note Giboulot ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 2015, n°165, p. 172-183.

¹³⁷ Cf. *Supra*, n°298 ; V. not. : P. Stoffel-Munck : *Regards sur la théorie de l'imprévision*, Aix-en-Provence : PUAM, coll. du laboratoire de théorie juridique, 1994, n°164 ; G. Chantepie : *La lésion*, précité, n°319 ; L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*, th. préf. L. Aynès, Paris : Economica, coll. Recherches juridiques, 2011, n°796 et s. où l'auteur, étudiant les modalités de traitement de l'imprévu, rejette la révision judiciaire du contrat pour lui préférer une révision conventionnelle ; P. Lemay : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, précité, n°245 ; J.- P. Delmas Saint-Hilaire : « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. P. Durand, Paris : LGDJ, 1960, p. 189-233, spéc. n°4 et 29 ; B. Fages : *Droit des obligations*, 5^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso éditions, coll. Manuel, 2015, n°344 ; D. Mainguy, J.- L. Respaud : *Droit des obligations*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2008, n°214-215 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck : *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso éditions, coll. Droit civil, 2015, n°763 ; M. Poumarède : *Droit des obligations*, 3^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éditions, coll. Cours (Montchrestien), 2014, n°463 ; L. Aynès : « Le devoir de renégocier », RJ Com., n°11-1999, n° spécial : « Le contrat au secours de l'entreprise, les modes contractuels de résolution des conflits », colloque, Deauville, 12 et 13 juin 1999, dir. Y. Chaput, p. 11-21 spéc. n°16 et s. ; du même auteur, v. : « L'imprévision en droit privé », RJ Com., n°5-2005, p. 397-406, spéc. p. 404 et s. ; P. Catala : « La renégociation des contrats », in *Etudes de droit privé*, mélanges offerts à P. Didier, Paris : Economica, 2008, p. 91-99, spéc. p. 97 ; L. Leveneur : « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, mélanges offerts à P. Didier, Paris : Economica, 2008, p. spéc. n°26 ; T. Genicon : « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », D. 2010, p. 2485.

¹³⁸ V. pour des références explicites à la bonne foi : Y. Picod : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. préf. G. Couturier, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 208, 1989, n°189-190 ; P. Stoffel-Munck : *op. cit.*, n°130 et s. ; L. Grynbaum : *Droit civil, les obligations*, 2^{ème} éd., Paris : Hachette supérieur, coll. HU Droit, 2007, n°304, où l'auteur indique que « la bonne foi aura des effets correcteurs quand on pourra l'invoquer en cas d'évolution du contexte économique » ; L. Aynès : « Le devoir de renégocier », précité, spéc. n°18 : « Exiger l'exécution du contrat devenu inadapté aux circonstances économiques, c'est être de mauvaise foi », et l'auteur estime que « le devoir de renégociation est une expression de la bonne foi » ; L. Thibierge : *op. cit.*, n°798 et s.

¹³⁹ V. en particulier : Cass. com., 3 nov. 1992, *Huard*, n°90-18.547, Bull. civ., IV, n°338, où la Cour estime « qu'en privant M. X de pratiquer des prix concurrentiels, la société n'avait pas exécuter le contrat de bonne foi » ;

Le second alinéa de l'article précise que le juge sortira de son rôle passif dans le cas où les parties n'arriveraient pas à un accord. Dans cette situation, que le texte paraît mentionner à titre d'exception, le juge pourra réviser le contrat, c'est-à-dire le modifier en fonction du changement qui est intervenu, et même y mettre fin si une adaptation n'est pas possible. De ce point de vue, la théorie de l'imprévision paraît consacrée, sans doute à titre d'exception, en ce que le juge intervient en cas d'échec des négociations entre les parties¹⁴¹. Il faut enfin noter que le texte est supplétif de volontés, et que les parties peuvent, par une stipulation, choisir d'exclure son application¹⁴². Dès lors, le devoir de renégociation peut paraître consacré en cas de changement de circonstances venant bouleverser l'économie d'un contrat, ce devoir demeure supplétif. Alors que le droit des pratiques restrictives de concurrence pouvait conduire admettre l'existence d'un devoir de renégociation en cas de changement imprévu des circonstances entourant le contrat, il convient de savoir si la disposition du droit commun permettra d'englober la contestation de clauses, actuellement qualifiables de pratiques restrictives de concurrence.

484. La possible contestation de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement de l'imprévision. La pratique restrictive de concurrence de soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif¹⁴³ peut, en raison du fait qu'elle ne soit pas limitée au stade de la conclusion du contrat, conduire les parties à renégocier afin de faire disparaître un déséquilibre apparu à la suite d'un changement de circonstances¹⁴⁴. Dans ce cas, le droit des pratiques restrictives de concurrence ne sanctionne pas le

Cass. com., 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche*, n°96-18.357, Bull. civ., IV, n°277 ; La solution ne semblant toutefois confirmée qu'a contrario par la première chambre civile, v. : Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, n°01-15.804, Bull. civ. I, n°86, où la Cour de cassation constate, pour rejeter le pourvoi, que la Cour d'appel avait relevé que la société « mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat » et non pas le refus de ses partenaires « de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et de renégocier les modalités » du contrat ; A contrario, si le devoir de renégociation fondé sur le bonne foi ne peut amener les parties à remédier à un déséquilibre originaire, il est possible d'en déduire que ce devoir peut être consacré si le déséquilibre est dû à une modification imprévue des circonstances économiques ; Sur ces arrêts, cf. les principales notes et articles cités *Supra*, n°298.

¹⁴⁰ Sur ce point, v. D. Tallon : « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements du droit comparé », in *Droit et vie des affaires*, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag, Paris : Litec, 1997, p. 403-417, spéc. p. 414, où l'auteur voit cette obligation de renégociation comme « un contenu minimal d'une réforme » qu'il considère comme « souhaitable ».

¹⁴¹ V. spécifiquement consacré à la question du rôle du juge en cas d'imprévision : N. Molfessis : « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », précité.

¹⁴² Cf. dans l'article 1195 nouvellement créé « partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque » ; rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131, dans sa partie relative à l'art. 1195 ; V. également en ce sens : Y. Picod : « Le charme discret de l'imprévision à la française », précité.

¹⁴³ Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

¹⁴⁴ Cf. *Supra*, n°302.

bouleversement de circonstances lui-même, mais plutôt la « pratique contractuelle »¹⁴⁵ qui peut en découler, consistant à « exiger l'exécution du contrat devenu inadapté aux circonstances économiques »¹⁴⁶, ou à demander l'application d'une clause devenue inadaptée, ou encore celle qui consiste à refuser de renégocier le contrat. De ce point de vue, le droit des pratiques restrictives de concurrence peut apparaître comme ayant déjà consacré une forme de devoir de renégociation, par la sanction qu'il prévoit du refus de renégocier, même s'il faut reconnaître que la consécration est implicite. Il faut préciser que, contrairement à la disposition du droit commun, celle de droit des pratiques restrictives de concurrence n'est pas supplétive de volontés. Cette différence doit conduire les professionnels soumis au droit des pratiques restrictives de concurrence à éviter de stipuler une clause tendant à supprimer tout recours à une renégociation en cas de changement imprévu de circonstances. En effet, cette stipulation ferait partie intégrante de la pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif, dont l'effet serait annihilé en cas de caractérisation d'une telle pratique. Ainsi, la disposition nouvelle apparaît, comme les dispositions précédentes, pouvoir intégrer une partie de la contestation de certaines clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence dans le cas précis du changement de circonstances imprévu, sans parvenir à intégrer l'ensemble de cette contestation, compte tenu de ses limites, et en particulier de son caractère supplétif de volontés. Il convient aussi de souligner que le droit spécial est de nature à inviter les parties à renégocier en cas d'apparition d'un déséquilibre significatif, afin d'éviter la qualification de pratique restrictive de concurrence. Le déséquilibre significatif peut apparaître en cours d'exécution du contrat. Le changement de circonstances, visé par le droit commun, imprévisible lors de la conclusion du contrat et rendant l'exécution excessivement onéreuse pour une partie, constitue assurément un déséquilibre significatif au sens du droit spécial. Mais, il faut avoir à l'esprit qu'il ne s'agit que d'une forme de déséquilibre significatif, sans doute le plus grave. Or, le droit spécial, n'exigeant qu'un déséquilibre significatif pour appliquer sa sanction, tend à obliger les parties à renégocier avant que ce déséquilibre n'ait pour conséquence une exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties. En d'autres termes, le droit spécial permet une intervention à un degré inférieur sur l'échelle des effets du changement imprévisible de circonstances, celui-ci n'ayant pas nécessairement à être caractérisé en matière de déséquilibre significatif. La contestation des clauses, suite à un

¹⁴⁵ L. Aynès : « Le devoir de renégocier », précité, n°16, où l'auteur emploie cette expression, dont il faut reconnaître qu'elle est particulièrement adaptée à la matière du droit des pratiques restrictives de concurrence.

¹⁴⁶ *Idem*, n°18.

changement de circonstances, paraît ainsi devoir demeurer l'apanage du droit spécial, en ce qui concerne les relations contractuelles entre professionnels.

485. Contestation limitée des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement des dispositions droit commun réformé relatives aux effets du contrat. Finalement, au stade de l'exécution du contrat, la réforme du droit commun ne contient qu'une innovation qui peut être à même d'intégrer la contestation de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, celle relative à l'imprévision. La consécration d'un devoir de renégociation et le recours au juge en cas d'échec de cette renégociation constitue assurément une disposition applicable aux relations entre professionnels soumises au droit des pratiques restrictives de concurrence. Pour autant, ces relations se voient appliquer cumulativement le droit commun et le droit des pratiques restrictives de concurrence. Le droit spécial n'assortit pas d'un caractère supplétif de volontés le devoir de renégociation qui peut s'imposer en cas d'apparition d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, et n'attend pas un changement de circonstances rendant l'exécution excessivement onéreuse pour une partie, pour imposer la renégociation. Ainsi, la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence n'apparaît pas consacrée en droit commun, après la réforme de 2016, pas davantage qu'elle ne l'était avant la promulgation de cette réforme.

B. La non-intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun après la réforme de 2016.

486. L'impossibilité d'intégrer l'ensemble de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun. Il ressort des dispositions du droit commun semblant pouvoir s'appliquer à la contestation des clauses visées par le droit des pratiques restrictives de concurrence, que l'intégration ne peut se réaliser sans un changement relatif aux distinctions classiques de cette matière. Le droit commun demeure, même après la réforme de 2016, empreint de la distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques¹⁴⁷. Cette distinction, posée au moment de la distinction des sources d'obligations, paraît empêcher le droit commun de considérer que des faits juridiques peuvent à la fois exister dans le contexte d'un acte juridique, et avoir des effets relatif à son contenu, au moment de sa conclusion ou de son exécution. La réforme du droit des contrats de 2016 aurait pu permettre à cette matière d'inclure des dispositions qui transcendent cette distinction, en rendant, par exemple, possible

¹⁴⁷ Cf. nouvel art. 1100 et s. C. civ., tels qu'issus de l'ord. n°2016-131.

la contestation de clauses d'un contrat dont la stipulation n'est due qu'à la mise en place de pratiques. Sur ce point, la consécration de l'abus de dépendance économique, en tant que vice du consentement, ayant pour effet l'annulation de l'ensemble du contrat, ne peut apparaître comme une solution satisfaisante. De même, la consécration des clauses abusives aurait pu permettre de sortir du strict cadre de l'acte juridique pour prendre en considération le fait juridique ayant conduit à cette stipulation, comme l'abus, la dépendance, la faiblesse, ou encore la puissance du contractant. En définitive, il n'y a guère que la consécration de l'imprévision qui paraisse prendre en considération l'influence des faits juridiques sur un acte juridique, en imposant un supplétif devoir de renégocier aux parties. Ainsi, malgré ses innovations, le droit commun demeure assez hermétique à l'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

487. Conclusion du paragraphe. Les innovations de la réforme du droit des contrats, pas davantage que les notions classiques de cette matière, ne permettent d'intégrer la contestation de toutes les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, et même plus généralement des pratiques restrictives de concurrence qui sont mises en œuvre dans un contexte contractuel. La notion de pratique, en tant que fait juridique qui peut intégrer des éléments ayant l'apparence d'un acte juridique comme des clauses et les sanctionner comme des faits juridiques, par la responsabilité civile délictuelle, demeure l'apanage du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le terme même de « pratique » demeure absent du droit commun des contrats, à l'issue des modifications de l'ordonnance n°2016-131. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence dans les dispositions du droit commun ne peut alors se faire qu'au compte-gouttes, avec la perspective d'une contestation morcelée, aux régimes divers et inégaux tendant, parfois à l'annulation du contrat dans son ensemble¹⁴⁸, parfois à réputer une clause non écrite¹⁴⁹, et permettant parfois, par l'expression de sa volonté, d'échapper à la contestation¹⁵⁰. L'étude de la possibilité d'intégrer dans le droit commun les clauses actuellement qualifiables de pratiques restrictives de concurrence semble ainsi devoir s'achever par un enseignement, celui de la nécessité d'un droit des pratiques restrictives de concurrence pour contester ces clauses.

¹⁴⁸ Cf. sanction de l'abus de dépendance économique, prévue par le nouvel art. 1143 C. civ.

¹⁴⁹ Cf. sanction des clauses vidant l'obligation essentielle du contrat de sa substance, prévue par le nouvel art. 1170 C. civ., et la sanction des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, prévue par le nouvel art. 1171 C. civ.

¹⁵⁰ Cf. nouvel art. 1195 C. civ., relatif à l'imprévision.

488. Conclusion de la section : Le nécessaire maintien d'un droit des pratiques restrictives de concurrence pour la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Certains auteurs se sont prononcés pour la suppression pure et simple du droit des pratiques restrictives de concurrence. Ce droit, s'intéressant aux relations contractuelles entre professionnels, ne ressortirait pas du droit de la concurrence, dont la vocation serait l'unique protection du marché. Dès lors, les relations contractuelles entre professionnels ne devraient être réglementées que par le droit commun des contrats¹⁵¹. Pourtant, il semble que le droit commun résiste à intégrer les dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence qui ne concernent que les rapports contractuels entre professionnels. La réforme intervenue en 2016 ne semble pouvoir être considérée comme influencée par le droit des pratiques restrictives de concurrence qu'à la marge¹⁵², et ne peut permettre au droit commun d'intégrer l'ensemble de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Tout au plus, le droit commun permet-il l'appréhension de certaines clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence dans les rapports contractuels entre professionnels, mais il n'en permet pas une appréhension globale, et ne les soumet pas au même régime, contrairement à ce que réalise le droit spécial. Il semble donc qu'il faille considérer que le droit des pratiques restrictives de concurrence conserve toute son utilité, et ne doive donc pas être supprimé. Il demeure, en tant que droit spécial, la matière qui prohibe, entre professionnels, même liés par un contrat, un certain nombre de pratiques, que celles-ci se matérialisent par des clauses ou non. Quant au droit commun, il n'est probablement pas le meilleur creuset possible pour ces dispositions, nécessairement spécifiques aux relations contractuelles entre professionnels, alors qu'il ne peut être question d'étendre le droit des pratiques restrictives de concurrence en l'état, aux relations entre particuliers. Ce maintien du droit des pratiques restrictives de concurrence ne consiste pas nécessairement à le considérer comme parfait. L'intégration des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit spécial peut assurément mieux se réaliser, notamment en ce que ce droit spécial semble devoir se modifier en un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

¹⁵¹ Cf. *Supra*, n°18 ; V. en particulier : M. Chagny, *op. cit.*, n°588 ; M. Martin, *op. cit.*, n°485 et s.

¹⁵² Cette influence peut se retrouver *via* la consécration de l'abus de dépendance économique en tant que vice du consentement, mais il ne s'agit que d'une défunte pratique restrictive de concurrence (Cf. *Supra*, n°475), alors que la consécration des clauses abusives semble davantage imprégnée de droit de la consommation que de droit des pratiques restrictives de concurrence (Cf. *Supra*, n°478).

SECTION 2 : LA POSSIBILITE D'UNE MEILLEURE INTEGRATION EN DROIT SPECIAL : LA CONSECRATION DU DROIT DES PRATIQUES COMMERCIALES DELOYALES ENTRE PROFESSIONNELS.

489. La meilleure intégration par le droit spécial. Le droit commun semble peu à même de pouvoir mieux intégrer la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. La meilleure intégration de cette contestation ne peut alors avoir lieu qu'en droit spécial, finalement à une place identique à celle qu'elle occupe aujourd'hui¹⁵³. Il n'empêche que le droit spécial actuel, le droit des pratiques restrictives de concurrence, paraît devoir se modifier, afin de pouvoir s'affirmer, aux côtés des autres droits spéciaux des contrats. Il doit d'abord s'émanciper du terme « concurrence ». Ce terme génère des confusions, le droit des pratiques restrictives de concurrence s'étant toujours appliqué sans aucune référence à un quelconque marché, et beaucoup de ses dispositions s'appliquant à des relations contractuelles¹⁵⁴. La dénomination d'un droit spécial n'est pas chose aisée. Il faut avoir à l'esprit l'objectif de la matière : la contestation de pratiques commerciales entre professionnels. Il convient également de se référer à l'objectif de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence : la loyauté¹⁵⁵. Il est alors possible de donner à ce droit spécial une dénomination plus en phase avec son contenu, celle de droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Le changement de dénomination aura ainsi un premier intérêt, celui de définir précisément le contenu de la matière. Un deuxième intérêt vient immédiatement à l'esprit, celui de sortir la matière du champ strict du droit de la concurrence¹⁵⁶. Certes, la matière peut être considérée comme faisant partie du droit de la concurrence au sens large, mais la question des effets sur le marché des pratiques commerciales déloyales entre professionnels se trouve être évacuée. Un autre intérêt est de permettre à la matière, qui a beaucoup évolué depuis sa création, d'accéder au rang de droit spécial à part entière, qui s'applique aux relations contractuelles entre professionnels, quel que

¹⁵³ Sur cette analyse, v. F. Buy : « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », P. Aff., 17 déc. 2008, n° 252, p. 3.

¹⁵⁴ Cela a d'ailleurs pu être relevé en doctrine : M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2004, spéc. n°356 et s. où l'auteur met en évidence que le droit des pratiques restrictives de concurrence apporte des « entraves à la liberté des parties de déterminer le contenu du contrat », et dont la démonstration tend à considérer (n°385) que le « droit de la concurrence surveille des clauses contractuelles » ; du même auteur : « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », RDC, n°3/2004, p. 861 ; V. aussi : B. Fages, J. Mestre : « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in Colloque, Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, dir. Y. Picod et J. Calais-Auloy, RTD Com., 1998, p. 71, où les auteurs montrent que « les règles impératives du droit de la concurrence s'imposent au contrat et conduisent à la condamnation de nombreuses stipulations ».

¹⁵⁵ Cf. *Supra*, n°442 et s.

¹⁵⁶ Sur le sens strict et le sens large du « droit de la concurrence », Cf. *Supra*, n°18 et 19.

soit le stade du contrat, depuis le début de sa négociation, jusqu'au terme de son exécution, rupture incluse. Il y a également un intérêt dans le sens d'une plus grande clarté et d'une plus facile lisibilité de la matière, ce qui ne doit pas apparaître comme négligeable, en particulier du point de vue de la sécurité juridique. L'analyse du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels comme un droit spécial à part entière implique de constater, non pas son autonomie par rapport au droit commun¹⁵⁷, ou même son émancipation de ce dernier¹⁵⁸, mais sa spécificité à l'égard du droit commun des contrats¹⁵⁹, mais aussi à l'égard d'autres droits spéciaux (§1), ainsi qu'à l'égard des autres branches du droit de la concurrence (§2).

§1 : La spécificité du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit des contrats.

490. Annonce. Le droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels apparaît comme un droit spécial dont les dispositions s'appliquent dans les relations contractuelles conclues entre professionnels. L'analyse du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels comme un droit spécial conduit à la mise en évidence de sa spécificité, par rapport au droit commun, mais aussi par rapport aux autres droits spéciaux. La mise en évidence de la spécificité de la matière doit ainsi avoir lieu au sein du droit des contrats, matière qui se divise entre le droit commun (A) et le droit spécial (B).

A. La spécificité du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels par rapport au droit commun des contrats.

491. Droit commun et droit spécial. Alors que le terme « commun » peut être vu comme synonyme de général¹⁶⁰, il apparaît comme antonyme du terme « spécial », qui

¹⁵⁷ Cf. : J.- P. Chazal : « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Etudes de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 279-309, spéc. p. 281 et s. où l'auteur développe une intéressante démonstration le conduisant à considérer que l'autonomie du droit spécial par rapport au droit commun, vue comme le degré ultime de son particularisme s'avère être inopérante et artificielle, et ne doit pas s'analyser comme le critère principal de définition du droit spécial ; V. aussi, dans le même sens : M. Chagny : *op. cit.*, et plus spécifiquement le sens du raisonnement développé dans le premier titre, n°276 ; F. Béranger : *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, th. préf. C. Attias, Aix-en-Provence : PUAM, coll. de l'Institut de droit des affaires, 2007, n°22 ; C. Goldie-Genicon : *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, th. préf. Y. Lequette, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 509, 2009, n°90 et s.

¹⁵⁸ La caractérisation de l'émancipation progressive du droit spécial de l'emprise du droit commun des contrats constitue le sens d'une partie de la démonstration de C. Goldie-Genicon : *op. cit.*, n°284, même si l'auteur prône ensuite une nécessaire « restauration de l'emprise du droit commun », dans une seconde partie, n°285 et s.

¹⁵⁹ V. sur l'étude de la spécificité du droit de la concurrence par rapport au droit commun des contrats, et sur le fait que la matière soit spécifique mais non indépendante : M. Chagny : *op. cit.*, plus précisément, l'ensemble du premier titre de la première partie, n°48-276.

¹⁶⁰ E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V° « commun », sens 3.

représente ce qui est « particulier à une espèce »¹⁶¹. Le droit commun pourra alors être défini comme le droit¹⁶² « s'appliquant à toutes les espèces d'un genre »¹⁶³, alors que le droit spécial « ne concerne qu'un ensemble de cas abstraitement définis mais constituant une espèce assez étroite »¹⁶⁴. La distinction entre le droit commun et le droit spécial est classique pour tout juriste¹⁶⁵. La règle générale est analysée comme celle qui « s'applique à tous les cas qui composent un genre donné de rapports juridiques »¹⁶⁶, son contenu étant « vaste »¹⁶⁷, son champ d'application « indéfini »¹⁶⁸. La règle spéciale est, quant à elle, vue comme « une règle particulière à une série de cas déterminés, ou des dispositions qui dérogent à la règle générale en raison de leur conception différente »¹⁶⁹, et qui ont un champ d'application limité¹⁷⁰. Pour autant, il convient, lorsqu'il s'agit d'étudier des règles spéciales relatives à un objet, de ne pas ignorer les règles communes applicables au même objet, que les règles spéciales ont vocation à compléter¹⁷¹. L'application de règles spéciales ne signifie donc pas l'inapplicabilité des règles communes, celles-ci gardant tout leur effet pour « expliquer »¹⁷² les règles spéciales, mais aussi et surtout pour « combler les vides »¹⁷³ qui sont immanquablement laissés par la disposition spéciale. Le droit commun contient des « dispositions qui s'appliquent de façon générale, chaque fois qu'une règle particulière n'y déroge pas, et joue partout où il n'est pas expressément écarté. La règle spéciale vient préciser ou contredire la règle générale, pour

¹⁶¹ *Idem*, V° « spécial ».

¹⁶² V. sur ce point : N. Balat : *Essai sur le droit commun*, th., dactyl., dir. M. Grimaldi, Université Panthéon-Assas-Paris II, 2014, spéc. n°34 et s., considérant que le droit commun est avant tout du droit.

¹⁶³ G. Cornu, (dir.) Association H. Capitant : *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Quadrige, Dicos Poche, 2016, V° « commun ».

¹⁶⁴ *Idem*, V° « spécial ».

¹⁶⁵ Sur ce point, et sur la caractérisation de la distinction depuis l'Antiquité, mais aussi sur l'origine de la distinction actuelle, issue de l'unification du droit réalisée à partir des coutumes locales, et incarnée depuis 1804 par le Code civil, v. : C. Goldie-Genicon : *op. cit.*, n°1 et s. ; S. Mauclair : *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préf. T. Azzi, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, coll. des thèses, 2012, n°9 ; V. aussi : R. Gassin : « Lois spéciale et droit commun », D., 1961, chr. p. 91, n°4 ; J.- P. Chazal : *op. cit.*, spéc. p. 282 et s. ; V. Durand : « Droit commun et Code civil », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, Colloque, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2013, p. 15-34, spéc. n°3 et s.

¹⁶⁶ R. Gassin : *op. cit.*, n°1.

¹⁶⁷ S. Mauclair : *op. cit.*, n°10.

¹⁶⁸ N. Balat : *op. cit.*, n°75 et s.

¹⁶⁹ *Idem*, n°5.

¹⁷⁰ N. Balat : *op. cit.*, n°159.

¹⁷¹ En ce sens, v. : C. Goldie-Genicon : *op. cit.*, n°8 ; F. Pollaud-Dulian : « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels de droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 925-950, spéc. p. 935 ; D. Mazeaud : « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in Colloque : *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, dir. G. Pignarre, Université de Savoie, 10 déc. 2004, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 73-97, spéc. n°12.

¹⁷² F. Pollaud-Dulian : *op. cit.*, p. 939.

¹⁷³ *Idem*, p. 940 ; S. Mauclair : *op. cit.*, n°10, où l'auteur analyse le droit commun comme ayant une « fonction théorique de référent et une fonction pratique, pour pallier les carences du droit spécial ».

une série de cas délimités, en fonction de catégories de sujets de droit, ou encore selon le type de situation »¹⁷⁴, soit y « déroger »¹⁷⁵. Pour autant, lors de l'étude d'un droit spécial, il convient de « pas perdre de vue la cohérence de l'ensemble du droit »¹⁷⁶, le droit spécial « s'appuie sur les notions contenues dans le droit commun pour être applicable »¹⁷⁷. Il peut également être vu comme une source d'inspiration, ou comme un complément, pour le droit commun¹⁷⁸. Il « conjugue autorité et subsidiarité »¹⁷⁹. Le droit civil, en ce qu'il comprend des règles générales, constitue une partie du droit commun¹⁸⁰, et se trouve être complété par des droits spéciaux.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 935.

¹⁷⁵ R. Gassin : *op. cit.*, n°5 ; Même s'il convient, au moment de la mise en évidence du caractère de droit spécial des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, d'adopter une définition du droit commun et du droit spécial relativement objective, les définitions du droit commun et du droit spécial ne font pas l'objet d'une unanimité (sur ce point, v. par ex. : F. Béranger : *op. cit.*, n°6 et s.), et apparaissent relatives (sur ce point, v. par ex. : M. Chagny : *op. cit.*, n°12 et s. ; C. Goldie-Genicon : *op. cit.*, n°3 ; A.- S. Choné : *op. cit.*, n°14 ; R. Gassin : *op. cit.*, n°1 ; F. Pollaud-Dulian : *op. cit.*, p. 936).

¹⁷⁶ F. Pollaud-Dulian : *op. cit.*, p. 914, l'auteur ajoutant que celui qui étudie le droit commun ne doit pas « tout ramener à un mécanisme ou à une règle de droit commun ».

¹⁷⁷ S. Mauclair : *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷⁸ Ce rapport d'inspiration ou ce rapport complémentaire du droit commun que peut avoir le droit spécial se trouve avoir été largement étudié, y compris s'agissant du droit de la concurrence (Cf. M. Chagny : *op. cit.*), de sorte qu'il ne convient pas nécessairement d'y revenir ; V., sur ce point, parmi de nombreux autres travaux ; F. Béranger : *op. cit.*, relativement au droit de la consommation ; R. Gassin : *op. cit.*, n°17 et 18 ; J. Calais-Auloy : « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », RTD Civ., 1994, p. 239 ; V. du même auteur, et sur le même sujet : « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, colloque, 24 et 25 octobre 1997, Centre de droit de la consommation de l'Université de Montpellier I et centre de Droit de la concurrence de l'Université de Perpignan, dir. Y. Serra et J. Calais-Auloy, RTD Com., 1998, p. 1 et s., spéc. p. 115 ; D. Mazeaud : *op. cit.* ; L. Leveneur : « Le Code civil, cadre normatif concurrencé », in Colloque : *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, Bordeaux, 18-19 juin 2004, dir. B. Saintourens, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 123-149, spéc. p. 141, où l'auteur invite à s'interroger sur la possibilité de caractériser le droit commun comme se situant ailleurs que dans le seul Code civil ; *Adde*, spécifiquement en droit de la concurrence : M.- S. Payet : *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, th, préf. M.- A. Frison-Roche, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2001., n°178 et s., n°248 et s., où l'auteur étudie l'influence croisée du droit commun sur le droit de la concurrence, et inversement ; M. Chagny : *op. cit.*, dont l'objet consiste à analyser les points d'influence du droit de la concurrence sur le droit commun, et inversement ; A.- S. Choné : *op. cit.*, n°500 et s. ; M.- A. Frison-Roche, M.- S. Payet : *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, coll. Précis, 2006, n°21 ; F. Dreifuss-Netter : « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », RTD Civ., 1990, p.369 ; J. Mestre, B. Fages : « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in Colloque : *Droit du marché et droit commun des obligations*, 24 et 25 octobre 1997, Centre de droit de la consommation de l'Université de Montpellier I et centre de Droit de la concurrence de l'Université de Perpignan sous la dir. de Y. Serra et J. Calais-Auloy, RTD Com., 1998, n°1, p.1 s., spéc. p. 71 (V. plus généralement, l'ensemble les actes du colloque) ; J. Rochfeld : « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », RTD Civ., 2001, p. 671 ; M. Béhar-Touchais : « Droit de la concurrence et droit des contrats (brèves observations) », RDC, n°3-2004, p. 870 ; D. Mazeaud : « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance économique en droit des contrats », in mélanges en l'honneur de P. Didier, *Etudes de droit privé*, Paris : Economica, coll. Droit des affaires, 2008, p. 325-352.

¹⁷⁹ G. Chantepie : « Les conflits entre droits particuliers, manifestations d'une dissolution du rapport au droit commun en droit privé ? », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, Colloque, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2013, p. 51-67, spéc. p. 58.

¹⁸⁰ Cf. : R. Gassin : *op. cit.*, n°4 ; J.- P. Chazal : *op. cit.*, p. 285-286, l'auteur précisant que le « droit commun dépasse le seul droit civil » ; Il convient de ne pas réduire le droit commun aux règles générales du Code civil, sur ce point, V. : N. Balat : *op. cit.*, n°105 et s., où l'auteur montre qu'une partie de la doctrine peut se montrer en faveur de cette conception (not. n°108), mais qu'il convient d'observer que le droit commun ne se « confond pas avec le droit civil ». En reprenant le raisonnement de ces auteurs, il faut reconnaître qu'une partie des règles du

492. Droit commun et droit spéciaux du contrat. Plus précisément, en matière contractuelle, le droit civil prévoit des règles qui ont vocation à s'appliquer dans tous les contrats¹⁸¹, quelle que soit leur qualification, les contrats sont soumis à ces règles générales. Ensuite, le droit civil prévoit un certain nombre de règles spécifiques à certains contrats¹⁸². Des règles spéciales trouvent ainsi à s'appliquer, outre les règles générales, à des contrats comme par exemple le contrat de vente¹⁸³, le contrat de louage¹⁸⁴, le contrat de société¹⁸⁵, ou encore le contrat de prêt¹⁸⁶. Face à ces contrats spéciaux, il conviendra d'appliquer à la fois les règles générales et les règles spéciales qui sont prévues par la loi. Pour autant, ces contrats spéciaux du droit civil ne représentent qu'une facette des droits spéciaux du contrat. En effet, certains contrats se verront appliquer, outre les dispositions générales du droit civil, des dispositions spéciales prévues par d'autres branches du droit. Il en va ainsi du contrat de travail¹⁸⁷, du contrat de bail d'habitation¹⁸⁸, ou du contrat de bail commercial¹⁸⁹. De plus, certains droits spéciaux trouvent à s'appliquer quelle que soit la qualification du contrat. Il en est ainsi du droit de la consommation, ou du droit des pratiques restrictives de concurrence, dans leurs dispositions respectives relatives à des contrats. Leur intervention est fondée non pas sur la qualification d'un contrat mais sur la qualification de certaines parties au contrat, un professionnel et un consommateur pour le droit de la consommation et une entreprise et son partenaire¹⁹⁰ pour le droit des pratiques restrictives de concurrence. Certaines dispositions spéciales s'appliquent donc à tous les contrats qui peuvent être conclus par certains contractants. Concernant l'exemple des consommateurs, on ne regarde pas s'il s'agit d'un prêt, d'un louage ou d'une vente, pour appliquer les règles du droit de la consommation, celles-ci n'étant pas nécessairement exclusives des règles des contrats spéciaux. D'autres dispositions

Code civil peuvent être du droit commun, tandis que d'autres ne sont que des règles de droit spécial, et avoir à l'esprit que l'ensemble du droit commun ne se trouve pas dans le Code civil, même réduit à ses règles les plus générales ; Pour un constat similaire conduisant à considérer que le Code civil n'est pas la seule source de droit commun, v. : V. Durand : *op. cit.*, n°14.

¹⁸¹ Ces règles sont contenues dans le Sous-Titre 1^{er} du Titre III du Livre III du Code civil, soit, à l'issue de l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-131, aux art. 1100 à 1231-7 C. civ.

¹⁸² Sur l'application des règles générales à l'ensemble des contrats et des règles particulières à des contrats faisant l'objet de dispositions propres, cf. art. 1105 C. civ.

¹⁸³ Art. 1582 à 1701-1 C. civ. ; L'exemple a pu être pris par N. Balat : *op. cit.*, n°91, pour expliquer la « subsidiarité obligatoire du droit commun », en ce que les règles spécifiques à la vente « n'empêche pas ce contrat d'être soumis, dans les vides de cette réglementation, aux règles de droit commun des contrats ».

¹⁸⁴ Art. 1708 à 1831 C. civ.

¹⁸⁵ Art. 1832 à 1873 C. civ.

¹⁸⁶ Art. 1875 à 1914 C. civ.

¹⁸⁷ Les règles spéciales relatives à ce contrat sont prévues par les art. L. 1211 à L. 1532-1 C. trav. ; Le Code du travail précise d'ailleurs que ce contrat est soumis aux règles du droit commun (art. L. 1221-1 C. trav.).

¹⁸⁸ Les règles spéciales relatives à ce contrat sont prévues par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

¹⁸⁹ Les règles spéciales relatives à ce contrat sont prévues par les art. L. 145-1 à L. 145-60 C. com.

¹⁹⁰ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°224 et s.

vont même jusqu'à soumettre leur application à l'objet même d'un contrat, comme les dispositions du Code de commerce relatives aux sociétés commerciales, qui ne seront pas identiques selon la forme revêtue par ladite société¹⁹¹. Ainsi, les droits spéciaux du contrat apparaissent multiples, et toutes les dispositions spéciales ne s'appliquent pas selon les mêmes critères, cette application étant parfois cumulative¹⁹². Par exemple, en cas de contrat de vente entre un professionnel et un consommateur, outre l'application des règles générales du droit des contrats, trouveront à s'appliquer les règles spéciales relatives au contrat de vente, ainsi que les règles spéciales du droit de la consommation, en raison de la qualité des parties. La qualification de droit spécial résulte en réalité d'un « faisceau d'indices, qui demande à ce que soient combinés un certain nombre de critères, qui permettront de mettre en évidence la spécificité d'un droit »¹⁹³. La question de savoir si les pratiques commerciales déloyales entre professionnels peuvent être considérées comme un droit spécial passe ainsi par l'étude de ces différents indices.

493. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels en tant que droit spécial. Le droit spécial intervient pour préciser ou déroger au droit commun, dans une série de cas délimités, en fonction de catégorie de sujets de droit, ou en fonction de la situation¹⁹⁴. S'agissant des pratiques commerciales déloyales, celles-ci viennent en effet réglementer une série de cas délimités : les pratiques qui peuvent être déloyales entre professionnels à l'occasion de leurs contrats, et viennent s'appliquer à une catégorie de sujets de droit particulière : les professionnels. Le droit spécial s'impose également après une « évolution des idées, des données économiques »¹⁹⁵. Difficile en effet de ne pas penser aux nouvelles pratiques mises en œuvre par certains professionnels, concomitamment au développement de la grande distribution, qui ont assurément été à l'origine de certaines des règles du droit des pratiques commerciales entre professionnels¹⁹⁶.

¹⁹¹ Cf. art. L. 225-1 à L. 225-270 C. com. pour les dispositions relatives aux sociétés anonymes, art. L. 223-1 à L. 223-43 pour les dispositions relatives aux sociétés à responsabilité limitée ; le Code prévoyant également des dispositions applicables à l'ensemble des sociétés commerciales, art. L. 231-1 et s. Ainsi, pour un contrat portant sur la création d'une société commerciale, il conviendra, outre les dispositions du droit commun des contrats, de respecter les dispositions du Code civil relatives au contrat de société, mais aussi les dispositions du droit commercial relatives aux sociétés commerciales, ainsi que les dispositions particulières applicables selon la forme revêtue par la société commerciale.

¹⁹² Ce constat ayant souvent impliqué celui de la prolifération des droits spéciaux en droit français ; Sur cette question, V. : N. Balat : *op. cit.*, n°664.

¹⁹³ J.- P. Chazal : *op. cit.*, p. 300.

¹⁹⁴ Définition précitée, issue de : F. Pollaud-Dulian : *op. cit.*, p. 939.

¹⁹⁵ R. Gassin : *op. cit.*, n°3 ; V., relativement à l'application de cette affirmation au droit de la consommation : F. Béranger : *op. cit.*, n°4.

¹⁹⁶ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°24 et s. ; il est possible d'ajouter au développement de cette forme de distribution des produits la motivation des premières dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence, le contrôle

Pour aller au-delà de cette première définition d'un droit spécial, un auteur a mis en évidence cinq critères permettant de caractériser la spécificité d'un droit, par la technique du faisceau d'indices¹⁹⁷. Un critère subjectif propose de définir le droit par les sujets auxquels il s'applique¹⁹⁸. Un critère formel invite à se poser la question de savoir si une loi ou un code regroupe les règles de ce droit¹⁹⁹. Puis, un critère substantiel propose de définir le droit par les règles qui le composent²⁰⁰. Ensuite, un critère finaliste propose de s'attarder sur la fonction du droit²⁰¹. Enfin, un critère matériel propose une définition du droit par son objet²⁰². Il convient de vérifier si les pratiques commerciales déloyales entre professionnels sont à même de remplir certains de ces critères. Les droits spéciaux du contrat ne se limitent pas au droit des contrats spéciaux. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels s'appliquent à des sujets de droit particuliers : les professionnels. Il satisfait de ce point de vue au premier critère, le critère subjectif. Les règles relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels sont composées des actuelles règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence, contenues aux articles L. 442-1 et s. du Code de commerce. Le critère formel se trouve ainsi satisfait, même si l'ensemble des règles n'est pas issu d'une même loi. Les pratiques commerciales déloyales constituent ensuite une manière de définir les règles qui composent cette matière, il s'agit de la substance de la matière, ce qui permet de remplir le critère substantiel. S'agissant des objectifs de la matière, la question impose d'éviter un écueil. Il serait possible de penser à l'objectif de protection de certains professionnels, tout comme le droit de la consommation protège les consommateurs²⁰³, mais la définition des professionnels précisément protégés n'est pas aisée, d'autant plus qu'un professionnel peut se trouver objectivement protégé par une disposition à l'occasion d'un contrat, mais se trouver sanctionné sur le fondement de la même disposition à l'occasion d'un autre contrat. Par exemple, un distributeur peut être protégé contre une pratique commerciale déloyale mise en œuvre par un fournisseur important, mais se livrer lui-même à une pratique commerciale déloyale à l'égard d'un autre fournisseur. La protection accordée contre les pratiques déloyales du fournisseur

des prix par l'état, mis en place après la seconde guerre mondiale, dans un contexte économique très particulier de pénurie, dans lequel il convenait d'agir pour éviter une trop forte hausse des prix.

¹⁹⁷ J.- P. Chazal : *op. cit.*, p. 294-300.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 294.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 295.

²⁰⁰ *Idem*, p. 296.

²⁰¹ *Idem*, p. 298.

²⁰² *Idem*, p. 300.

²⁰³ Cf. *Supra*, n°415 et s. ; En ce sens, v. not. : D. Voinot : « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris : Montchestien, Editions Lextenso, 2012, p. 565-578 ; D. Mazeaud : « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris : Dalloz, Coll. Etudes, mélanges travaux, 2013, p. 517 à 532 ; S. Le Gac-Pech : « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD Civ.*, 2014, p. 581.

n'empêche pas la sanction des pratiques commerciales déloyales du distributeur. L'objectif de la matière se trouve en réalité être la loyauté des relations commerciales entre professionnels²⁰⁴. Ses dispositions concourent à préciser l'exigence de loyauté qui existe en droit commun, et à lui donner un contenu précis et des sanctions déterminées. Le critère finaliste paraît donc également rempli. Enfin, le droit peut être vu comme se définissant par son objet : les pratiques qui sont sanctionnées en ce qu'elles sont déloyales entre professionnels à l'occasion d'un contrat. L'ensemble des critères paraît ainsi réuni s'agissant des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. L'accumulation des indices permet de démontrer la spécificité de ce droit, ainsi que sa caractérisation comme un droit spécial. Demeure la question de la spécificité par rapport au droit commun des contrats, afin de pouvoir l'analyser comme un droit spécial du contrat.

494. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels comme un droit spécial du contrat. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels peuvent constituer un droit spécial du contrat²⁰⁵. Ce droit spécial n'est pas fondé sur la qualification d'un contrat particulier, mais sur la qualification des parties au contrat²⁰⁶, comme le droit de la consommation. Cette matière contient un certain nombre de dispositions applicables aux professionnels, dans l'ensemble des contrats qu'ils concluent, quelle que soit leur qualification. Son approche n'est pas objective comme peut l'être celle du droit des contrats spéciaux, mais est subjective, puisque fondée sur la présence d'un contractant particulier²⁰⁷. Le respect des dispositions de ce droit devra donc avoir lieu aussi bien par exemple dans les contrats de distribution que dans les contrats de vente, les contrats de bail, ou encore les contrats de prêt. La qualification du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels comme un droit spécial nécessite également de respecter les conditions du rapport de droit commun à droit spécial²⁰⁸. Un auteur a sur ce point estimé que le rapport de droit spécial à droit commun s'apprécie en raison de leur objet commun, et en raison de champs d'applications qui se

²⁰⁴ Sur cet objectif, Cf. *Supra*, n°435 et s.

²⁰⁵ Cf. M. Béhar-Touchais : « Droit de la concurrence et droit des contrats », précité, où l'auteur, qui estime que le droit des pratiques anticoncurrentielles constitue le vrai droit de la concurrence, estime que le droit des pratiques restrictives de concurrence « est du droit des contrats ou du droit de la responsabilité » ; Livre vert du 31 janv. 2013 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, précité, spéc. point 3.1, où la Commission considère que « les pratiques commerciales déloyales régissent les relations contractuelles entre les entreprises ».

²⁰⁶ V. sur le constat selon lequel le droit de la concurrence tend à s'affranchir des qualifications contractuelles pour s'appliquer, indistinctement, à tout contrat : M. Chagny : « Catégories juridiques contractuelles et droit de la concurrence », *in Vers un droit européen des contrats spéciaux*, colloque, Lille, 2011, dir. D. Voinot et J. Sénéchal, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 89-104, spéc. n°11.

²⁰⁷ Sur ce point, v. : M. Chagny : *op. cit.*, n°17.

²⁰⁸ V. sur ce rapport : N. Balat : *op. cit.*, n°177.

recourent, l'un, celui du droit commun, étant plus large que l'autre²⁰⁹. L'objet du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels est assurément le contrat, ou plus généralement, la relation contractuelle qu'entretiennent deux professionnels. L'objet du droit commun des contrats est également la relation contractuelle, au-delà du seul contrat, puisqu'il régit également la phase précontractuelle²¹⁰. Quant aux champs d'application, ceux-ci paraissent également se recouper puisque le droit commun des contrats a vocation à s'appliquer entre professionnels, tout comme le droit des pratiques commerciales déloyales. Il n'est pas possible de considérer que le droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ait un champ d'application limité à un seul et unique contrat, ni même aux seuls contrats de la chaîne de distribution, puisqu'aucune de ses dispositions ne fait mention d'une telle limitation. Au contraire, le champ d'application de la matière s'avère plus large, en particulier s'agissant de l'article L. 442-6 du Code de commerce et concerne l'ensemble des contrats conclus par un producteur, un commerçant, un industriel, ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, avec l'un de ses partenaires commerciaux²¹¹. Plus exactement, la matière sanctionne des pratiques qui peuvent être observées à l'occasion de contrats, que ce contrat soit en cours de négociations, conclu, en cours de rupture, ou même achevé. En cela, ce droit spécial du contrat a un champ d'application relativement large, ce qui ne l'empêche pas d'être limité²¹² aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de contrats par des professionnels, par rapport à d'autres professionnels. Ce droit spécial permet de sanctionner des pratiques à l'occasion de contrats, ces pratiques n'étant pas visées par le droit commun des contrats. Spécifique par rapport au droit commun des contrats, les pratiques commerciales déloyales le sont également par rapport à d'autres droits spéciaux du contrat.

B. La spécificité des pratiques commerciales déloyales entre professionnels par rapport aux droits spéciaux des contrats.

495. Pratiques commerciales déloyales entre professionnels et autres droits spéciaux du contrat. L'affirmation des pratiques commerciales déloyales entre professionnels comme un droit spécial du contrat permet de distinguer nettement la matière du droit commun des contrats. Comme tout droit spécial, la matière prévoit des dispositions qui viennent s'ajouter à l'application du droit commun. Néanmoins, la démonstration de la spécificité de la matière ne sera complète que lorsqu'elle sera distinguée d'autres droits spéciaux du contrat.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Cf. not., tels qu'issue de l'ord. n°2016-131 : art. 1104, 1112 à 1112-2 C. civ.

²¹¹ Sur le champ d'application de la matière, et sa conception large en jurisprudence, Cf. *Supra*, n°224 et 225.

²¹² En effet, la loi spéciale doit avoir un domaine limité, en ce sens, v. : R. Gassin : *op. cit.*, n°7.

D'évidents points communs tendent à émerger entre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels et d'autres droits spéciaux du contrat, sans qu'ils doivent conduire à une confusion entre ces différentes matières.

496. L'application cumulative du droit spécial des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, du droit commun, et d'autres droits spéciaux du contrat. Il ne fait pas de doute que l'application du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels n'exclut pas celle du droit commun des contrats. Les professionnels concernés par les dispositions spéciales ne peuvent ainsi pas se dispenser du respect du droit commun. Cette application cumulative ne pose en réalité guère de difficulté, puisqu'elle est identique s'agissant de l'ensemble des droits spéciaux du contrat²¹³. Il serait difficile d'imaginer une application du droit spécial du contrat de vente, sans appliquer à ce contrat spécial, le droit commun du contrat. Le caractère cumulatif de l'application de ces deux corps de règles implique également qu'il ne faille pas considérer qu'une consécration en droit commun de l'une des règles d'un droit spécial entraîne l'abrogation tacite de la loi spéciale antérieure²¹⁴. Alors que le droit commun, à la suite de la réforme de 2016, ne peut être considéré, à proprement parler, comme ayant consacré des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, cette consécration effective demeure possible. Pour autant, elle n'emportera pas nécessairement abrogation de la loi spéciale, de sorte qu'il faudra se poser la question, face à une nouvelle règle de droit commun, de savoir si elle recouvre entièrement le champ d'application de la loi spéciale, question dont la réponse est actuellement assurément négative s'agissant de certaines des innovations de la réforme de 2016²¹⁵. Il apparaît que la question du corps de règles à appliquer aux contrats conclus entre professionnels ne soit pas tant celle de savoir si le droit commun s'applique, mais de savoir si plusieurs droits spéciaux peuvent s'appliquer concomitamment. Il convient d'y répondre par l'affirmative. En effet, certains droits spéciaux fondent leur application sur la qualification particulière d'un contrat, alors que d'autres s'appliquent en raison de la présence d'une partie à un contrat. Cette différence de champ d'application fonde une application cumulative de ces droits spéciaux à certains contrats : ceux qui font l'objet de dispositions spéciales, mais qui sont également soumis, parce que conclus entre professionnels, aux règles relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Il en va ainsi par exemple du contrat de vente²¹⁶, lorsque celui-ci est

²¹³ Cf. art. 1105 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131.

²¹⁴ V. en ce sens : R. Gassin : *op. cit.*, n°18 et s. ; F. Pollaud-Dulian : *op. cit.*, p. 947.

²¹⁵ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°474 et s.

²¹⁶ S'agissant de ce contrat, outre le droit commun des contrats, s'appliquent les art. 1582 à 1701 C. civ.

conclu entre deux professionnels²¹⁷, mais aussi du contrat de bail commercial²¹⁸, dont il est possible d'imaginer qu'il soit conclu entre deux professionnels, un bailleur professionnel et un commerçant²¹⁹. C'est également le cas du contrat de prêt²²⁰, qui peut être conclu entre un professionnel du crédit et un industriel ou un commerçant²²¹. Les exemples pourraient se multiplier et tendent à considérer que l'application du droit spécial des pratiques commerciales déloyales entre professionnels n'est pas exclusive de l'application d'un autre droit spécial du contrat. Finalement, l'application des pratiques commerciales déloyales entre professionnels tend, malgré sa qualification de droit spécial, à être assez générale en ce qu'elle concerne tous les contrats conclus entre professionnels. Elle se trouve également être assez proche de l'application du droit de la consommation, qui concerne également tous les contrats que peut conclure un professionnel et un consommateur. La proximité des pratiques commerciales déloyales entre professionnels avec le droit de la consommation ne semble d'ailleurs pas s'arrêter à cette possibilité d'application cumulative de droits spéciaux, puisque le droit de la consommation est le seul droit spécial qui connaisse une prohibition de pratiques commerciales déloyales qui seraient mises en œuvre par des professionnels au détriment des consommateurs.

497. La distinction entre le droit spécial des pratiques commerciales déloyales entre professionnels et le droit de la consommation. La question de l'application du droit de la consommation à des professionnels, lorsqu'ils se trouvent dans la situation du consommateur a pu susciter un débat doctrinal²²², mais paraît aujourd'hui tranchée. Le droit de la

²¹⁷ Il conviendra par ex. dans le cas de ce contrat, pour le vendeur, d'avoir communiqué ses conditions générales de vente, puisque le fait de ne pas procéder à cette communication constitue une pratique restrictive de concurrence, selon l'art. L. 442-6, I, 9° C. com.

²¹⁸ S'agissant de ce contrat, outre le droit commun des contrats, s'appliquent les art. L. 145-1 à L. 145-60 C. com.

²¹⁹ Il conviendra par ex., dans le cas de ce contrat, pour le bailleur, d'être attentif à la création de déséquilibres significatifs entre les droits et obligations des parties, qui pourraient être qualifiées de pratiques restrictives de concurrence au sens de l'art L. 442-6, I, 2° C. com.

²²⁰ S'agissant de ce contrat, outre le droit commun des contrats, s'appliquent les art. 1875 à 1914 C. civ.

²²¹ Il conviendra par ex., dans le cas de ce contrat, pour le prêteur de s'abstenir d'un comportement consistant à tenter d'obtenir des délais de paiement sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, qui pourrait être qualifié de pratique restrictive de concurrence, au sens de l'art L. 442-6, I, 4° C. com.

²²² V. parmi les auteurs favorables à l'application du droit de la consommation à des professionnels (étant assimilés à des consommateurs) : G. Paisant : « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, colloque, 1997, Lille, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 1998, p.17; J.-P. Chazal : « Le consommateur existe-t-il ? », D., 1997, p. 260 ; J. Amar : « Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ? », CCC, 2003, n°4, p. 7, où l'auteur semble vouloir faire entrer la catégorie des non-professionnels dans celle des consommateurs, alors qu'il semble qu'il s'agisse de deux catégories distinctes ; D. Mazeaud : « Droit commun du contrat et droit de la consommation : nouvelles frontières ? », in *Etudes droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 707.

consommation s'applique lorsqu'un professionnel est face à un consommateur²²³. La matière étend parfois l'application de certaines de ses dispositions à des non-professionnels²²⁴, qui ne sont autres que des professionnels qui concluent des contrats sans rapport direct avec leur activité²²⁵. Il est ainsi admis, par exemple, que le commerçant qui achète auprès d'un professionnel un téléviseur pour ses besoins personnels conclut un contrat soumis aux dispositions du droit de la consommation. En revanche, si le même contrat est conclu pour les besoins de son activité commerciale, il ne sera pas soumis au droit de la consommation, et pourra être soumis au droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Il ne semble pas possible de considérer que le droit de la consommation puisse s'appliquer à des professionnels qui concluent des contrats dans l'exercice de leur activité. De plus, les règles relatives aux pratiques commerciales déloyales ne prévoient pas l'extension de leur champ d'application aux non-professionnels. Ainsi, les champs d'applications des deux matières apparaissent circonscrits, le droit de la consommation s'appliquant aux relations entre professionnels et consommateurs, et le droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels s'appliquant aux relations entre professionnels. L'application des deux réglementations spéciales ne peut être cumulative. Le fait que le droit de la consommation sanctionne des pratiques commerciales déloyales n'est ainsi pas de nature à prêter à confusion, ces pratiques étant appréhendées lorsqu'elles sont mises en œuvre par un professionnel, au détriment du consommateur²²⁶. La dénomination commune avec les pratiques commerciales déloyales entre professionnels ne signifie pas nécessairement que le contenu des deux

²²³ Le consommateur est d'ailleurs défini par l'art. liminaire (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 : art. préliminaire) du C. conso. comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

²²⁴ V. par ex. : art. L. 212-2 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 132-1 C. conso.), rendant applicable aux non-professionnels les dispositions relatives à l'interdiction des clauses abusives ; art L. 215-3 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 136-1 C. conso.), relatif à la reconduction tacite des contrats et à l'obligation pour le professionnel d'informer le consommateur qu'il peut mettre un terme au contrat avant ladite reconduction, le texte prévoit qu'il est applicable à la fois aux consommateurs et aux non-professionnels ; art. L. 224-42 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-85 C. conso.), relatif aux contrats de services de communications électroniques ; art. L. 224-1 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 121-86 C. conso.), relatif à certains contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel.

²²⁵ V. art. liminaire C. conso., tel qu'issu de l'ord. n°2016-301 : « Au sens du présent Code, on entend par non-professionnel toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciales, industrielle, artisanale, libérale ou agricole » ; Le critère du rapport direct ainsi consacré est issu de la jurisprudence antérieure relative aux personnes morales ; V. en particulier, relativement à des personnes morales qui pouvaient apparaître comme professionnels : Selon le critère du rapport direct, la personne morale étant protégée par le droit de la consommation pour les « contrats n'ayant pas de rapport direct avec les activités professionnelles de la personne morale » (Cass., 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n°92-18.227, Bull. civ., I, n°54 ; D. 1995, p. 229, note P. Delebecque, *idem*, p. 310, obs. J.- P. Pizzio ; *idem*, p. 327, note G. Paisant ; JCP, G, 1995, I, 3893, spéc. n°38, obs. G. Viney *in Chr.* : « Responsabilité civile » ; Cass., 1^{ère} civ., 5 mars 2002, n°00-18.202, Bull. civ., I, n°78 ; JCP, G, 2002, II, 10123, note G. Paisant ; RTD Civ., 2002, p. 291, note J. Mestre et B. Fages ; Sur cette question, v. Y. Picod : *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2015, n°307-308.

²²⁶ Art. L. 121-1 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 120-1 C. conso.).

législations soit identique, même si elles poursuivent à n'en pas douter, chacune dans leur domaine d'application, un objectif commun d'exigence de loyauté renforcée²²⁷. La description des pratiques commerciales déloyales entre professionnels comme un droit spécial des contrats empêche ainsi sa confusion avec le droit de la consommation, tout comme elle participe à clarifier la distinction entre cette partie du droit de la concurrence et les autres parties de ce droit.

498. Conclusion du paragraphe. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels qui conduisent à la qualification de clauses contractuelles en de telles pratiques, ou de comportements observés à l'occasion de contrats, apparaissent comme un droit spécial du contrat. Ces règles viennent compléter le droit commun du contrat, mais également un certain nombre de droits spéciaux, en ce que les pratiques commerciales déloyales entre professionnels s'appliquent non pas à des contrats particuliers, mais selon la présence ou non d'un contrat entre deux professionnels. Le critère d'application de ce droit spécial peut ainsi ressembler à celui du droit de la consommation, qui s'applique en présence d'un professionnel et d'un consommateur, quelle que soit la qualification du contrat passé entre ces deux parties. Spécifique par rapport au droit commun des contrats, et aux droits spéciaux relatifs à certains contrats, les pratiques commerciales déloyales entre professionnels peuvent alors s'analyser comme un droit spécial du contrat, intégré au droit de la concurrence.

§2 : La spécificité du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit de la concurrence.

499. Annonce. L'étude de la spécificité des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit de la concurrence nécessite préalablement de situer ces règles au sein du droit de la concurrence (A), avant de mettre en évidence leur caractère spécifique par rapport aux autres règles prévues par le droit de la concurrence (B).

A. La place des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit de la concurrence.

500. L'inclusion des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit de la concurrence. Alors qu'il existe deux conceptions du droit de la concurrence, l'inclusion des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein de ce droit implique d'en retenir une conception large. Une partie de la doctrine retient une conception

²²⁷ Sur la distinction spécifique des pratiques commerciales déloyales B to C et B to B, Cf. *Supra*, n°446 et s.

étroite du droit de la concurrence, qui permet de le décrire comme un droit ayant pour objectif la protection du marché²²⁸. Ainsi, un auteur a pu considérer, par exemple, qu'il n'était pas possible de qualifier le droit de la concurrence comme un droit spécial du contrat puisqu'il « ne régit pas les rapports contractuels mais les pratiques de marché »²²⁹. Après avoir décrit les pratiques commerciales déloyales entre professionnels comme un droit spécial du contrat, il convient de nuancer l'affirmation de cet auteur. Le droit de la concurrence, dans sa partie relative aux pratiques anticoncurrentielles régit assurément des pratiques de marché. Pour autant, il ne s'agit que d'une partie de la matière, celle-ci contenant des règles, en particulier relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, qui régissent des pratiques mises en œuvre dans un contexte contractuel, entre deux professionnels. Il convient alors de ne pas réduire le droit de la concurrence à un droit régissant uniquement les pratiques de marché²³⁰. Une conception plus large du droit de la concurrence permet en effet à cette matière de contenir d'autres règles, qui ne visent pas spécifiquement à la protection du marché. Cette conception invite à voir la matière comme un droit relatif au contrôle de la loyauté des actions des opérateurs économiques, contrôle qui a lieu à la fois sur le marché, mais aussi dans les rapports contractuels²³¹. L'adoption de cette conception plus large ne revient pas, cependant, à considérer l'ensemble du droit de la concurrence comme un droit spécial du contrat. La distinction entre les différents types de règles du droit de la concurrence amène en effet à se rendre compte que seules les pratiques commerciales déloyales entre professionnels peuvent

²²⁸ V. not. : Y. Serra : *L'obligation de non-concurrence*, th. préf. J.- M. Mousseron, Paris : Sirey, Bibl. de droit commercial, t. 23, 1970, qui définit le terme concurrence comme « la compétition qui joue, sur un même marché, entre plusieurs individus dans l'intention d'atteindre plus complètement une fin économique, en particulier, l'offre de produits ou de services qui satisfont des besoins égaux ou proches » ; M. Chagny : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, précité, n°577 ; L. Roberval : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire, une spécificité française ?*, Thèse, Université du Littoral, 2010, dactyl., n°579 ; A.- S. Choné : *Les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, précité, n°14 ; L. Zevounou : *Les usages de la notion de concurrence en droit*, thèse, préf. P. Brunet, Bibl. dr. publ., t. 272, Paris : LGDJ-Lextenso, 2012, n°6 et n°47 dans lequel l'auteur exclut de son étude les pratiques restrictives de concurrence, nommées « pratiques déloyales » ; Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *op. cit.*, n°224 ; J.-L. Fourgoux « Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? » in Dossier *Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, 2006, n°12, 26, n°3 où l'auteur explique que les « pratiques restrictives appréhendent de simples rapports bilatéraux ou contractuels, et pourraient ne pas relever du droit du marché ».

²²⁹ A.- S. Choné : *op. cit.*, *loc. cit.*, où l'auteur estime que le droit de la concurrence « ne régit pas les rapports contractuels, mais les pratiques de marché »

²³⁰ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°18.

²³¹ Sur cette conception plus extensive du droit de la concurrence, Cf. *Supra*, n°19 ; Cette conception est parfois suivie par la doctrine, v. not. : M.- A. Frison-Roche, M.- S. Payet : *Droit de la concurrence*, précité, n°20 ; D. Mainguy, M. Depincé : *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Lexis Nexis-Litec, coll. Manuels, 2015, n°18 ; *Contra* : A. Decocq, G. Decocq : *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Manuels, 2014, n°1.

accéder à cette qualification de droit spécial du contrat²³². Loin de les exclure du champ du droit de la concurrence, la vision de ces pratiques comme un droit spécial du contrat présente l'avantage indéniable de permettre de dépasser le débat sur l'appartenance ou non de ce droit spécial au droit de la concurrence. La description de la matière dans une conception étroite aboutit, en effet, à exclure les pratiques restrictives de concurrence ou pratiques commerciales déloyales du droit de la concurrence, en considérant que ces pratiques peuvent être appréhendées sur le fondement du droit commun des contrats et n'ont pas d'objectif de protection du marché²³³. L'adoption de la conception plus large de la matière invite à la considérer comme incluant un droit spécial du contrat conclu entre professionnels : les pratiques commerciales déloyales. Ces pratiques ne peuvent être considérées comme visées par les dispositions du droit commun des contrats²³⁴. Les dispositions relatives à ces pratiques ont ainsi leur place en droit de la concurrence, sous réserve de l'adoption d'une conception extensive de cette matière, et ne doivent assurément pas toutes disparaître²³⁵, le droit commun ne pouvant se substituer au droit spécial, dans l'ensemble des situations qu'il vise. Dans une conception large, le droit de la concurrence est à même d'inclure les pratiques commerciales déloyales entre professionnels, qui constituent un des quatre types de règles que regroupe la matière.

501. Le droit de la concurrence comme un regroupement de quatre types de règles. La conception large du droit de la concurrence invite à considérer la matière comme un regroupement de quatre types de règles. Sans aller nécessairement jusqu'à considérer qu'il existe « des droits de la concurrence »²³⁶, il faut, néanmoins, constater que le droit de la concurrence se divise en plusieurs groupes de règles. D'une part, la matière contient des règles relatives à la loyauté sur le marché, parfois nommées « droit antitrust »²³⁷. Au sein de ces

²³² Ainsi, l'affirmation d'A.- S. Choné : *op. cit., loc. cit.* demeure exacte s'agissant des pratiques anticoncurrentielles, l'auteur considérant par ailleurs qu'il est difficile de donner à cette matière la qualification de droit spécial.

²³³ Sur ce débat, Cf. *Supra*, n°18.

²³⁴ En effet, l'intégration de l'ensemble de cette matière au droit commun semble difficile (cf. *Supra*, n°460 et s.).

²³⁵ Cette opinion consistant à souhaiter la disparition des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence est défendue en doctrine, puisqu'il s'agit de l'aboutissement du raisonnement des auteurs qui excluent du champ du droit de la concurrence les pratiques restrictives de concurrence. Il faut reconnaître que certaines dispositions des actuelles pratiques restrictives de concurrence ne pourront survivre à la transformation de la matière en un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels (Cf. *Infra*, n°539 et s.).

²³⁶ M.- A. Frison-Roche, M.- S. Payer : *Droit de la concurrence*, précité, n°20.

²³⁷ V. par ex. : D. Mainguy, M. Depincé : *op. cit.*, n°280 ; Cette expression permet de le rapprocher du Sherman Act, droit antitrust américain, de 1890, considéré comme à l'origine du droit actuel de la concurrence, sur ce point, v. par ex. : D. Mainguy, M. Depincé : *op. cit.*, n°11 ; M.- A. Frison-Roche, M.- S. Payet : *op. cit.*, n°28.

règles, il est possible de distinguer celles qui ont trait aux pratiques anticoncurrentielles²³⁸, et au contrôle des concentrations²³⁹, de celles qui concernent les aides d'état²⁴⁰. D'autre part, la matière contient des règles relatives à la loyauté entre professionnels. Au sein de ces règles, il est également possible de distinguer entre les règles de la concurrence déloyale, et celles relatives aux pratiques commerciales déloyales. En effet, les règles relatives à la concurrence déloyale imposent l'utilisation de procédés loyaux dans la concurrence, les procédés déloyaux étant sanctionnés sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle²⁴¹. *A priori*, celui qui se plaint d'un acte de concurrence déloyale n'est pas en relation contractuelle avec celui qui met en place le procédé déloyal de concurrence, puisque tous deux cherchent à conquérir une clientèle commune²⁴². Les règles relatives aux pratiques commerciales déloyales s'appliquent quant à elles entre contractants, ou à l'occasion d'un contrat entre deux professionnels. La distinction entre les types de règles que prévoit la matière semble nette. Cependant, la doctrine a pu la remettre en cause en montrant, par exemple, que les pratiques restrictives de concurrence peuvent être appréhendées, sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles, par les autorités de la concurrence²⁴³. Cela revient d'abord à remettre en cause le caractère *per se* des prohibitions du droit des pratiques restrictives de concurrence, et à ne sanctionner ces pratiques que si elles ont un effet sur le marché²⁴⁴, sauf à intégrer *de facto* des prohibitions *per se* en droit des pratiques anticoncurrentielles, quitte alors à « supprimer l'exigence d'atteinte au marché »²⁴⁵, ou à retenir une « interprétation favorable de la restriction de concurrence »²⁴⁶.

²³⁸ V. not. : art. L. 420-1 à L. 420-7 C. com. ; art. 101 à 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²³⁹ Art. L. 430-1 à L. 430-10 C. com. ; Règlement n°139/2004/CE du Conseil du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ; Règlement n°802/2004 de la Commission du 7 avr. 2004 concernant la mise en œuvre du règlement n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

²⁴⁰ V. art. 107 à 109 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; Ces règles sont nécessairement particulières puisqu'elles s'imposent davantage aux états qu'aux acteurs économiques eux-mêmes.

²⁴¹ Art. 1240-1241 C. civ. (anc. art. 1382-1383 C. civ.) ; Sur la concurrence déloyale, Cf. *Supra*, n°75.

²⁴² Ce critère tend à disparaître en jurisprudence, sur ce point, Cf. *Supra*, n°79.

²⁴³ G. Mallen : *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence, analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, th. préf. L. Arcelin-Lécuyer, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014, n°16, où l'auteur précise que son étude exclut l'appréhension des pratiques restrictives de concurrence *per se*, et se consacre à l'appréhension de ces mêmes pratiques « au titre des prohibitions concurrentielles », en précisant que « de nombreux comportements contractuels abusifs sont réprimés spécifiquement en droit français par les dispositions du Livre IV, titre IV du Code de commerce sous le vocable « pratiques restrictives de concurrence. Toutefois, ce traitement spécifique n'exclut pas une potentielle réception de ces pratiques au titre des ententes et des abus de domination par les autorités de la concurrence ». L'auteur mentionne alors de ce point de vue la « non-étanchéité entre les différentes strates du droit interne de la concurrence ».

²⁴⁴ M. Martin : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, précité, n°488 et s., spéc. n°498-499 où l'auteur précise que l'appréhension des pratiques restrictives sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles permettrait de n'appréhender ces pratiques que lorsqu'elles sont attentatoires au marché.

²⁴⁵ G. Mallen : *op. cit.*, n°314 et s., où l'auteur explique, au titre de l'appréhension des pratiques restrictives de concurrence par les abus de domination anticoncurrentielles, qu'il conviendrait de « supprimer l'exigence de l'atteinte au marché » (spéc. n°322 et s.)

Surtout, cette construction doctrinale tend à nier la distinction entre les différents types de règles du droit de la concurrence, et à refuser la possibilité que le droit de la concurrence contienne des dispositions qui s'appliquent dans les rapports contractuels entre professionnels. De plus, si les pratiques anticoncurrentielles peuvent sanctionner des comportements mis en œuvre sur un marché en raison d'un objet ou d'un effet anticoncurrentiel, il convient de noter que la démonstration de cet objet ou de cet effet anticoncurrentiel reste indispensable à la sanction²⁴⁷. L'analyse des règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence ou aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels comme un droit spécial du contrat semble donc incompatible avec leur assimilation à des pratiques anticoncurrentielles. Le débat sur l'effet d'une pratique sur un marché est en effet étranger au droit des contrats, et est étranger au droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. L'assimilation des pratiques restrictives de concurrence à des pratiques anticoncurrentielles sous-tend en réalité une conception stricte du droit de la concurrence²⁴⁸, limitée aux atteintes au marché, qui ne sanctionnerait donc les pratiques restrictives de concurrence que si cette atteinte est avérée, laissant subsister les pratiques pour lesquelles l'atteinte, qu'elle soit réelle ou potentielle, n'est pas démontrée. La possible double appréhension de certaines pratiques restrictives de concurrence, à la fois sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence et des pratiques anticoncurrentielles semble en réalité difficile, de sorte que l'application d'un type de règles de droit de la concurrence paraisse exclure l'application d'un autre. Cela ne doit pas signifier que certains « comportements contractuels abusifs »²⁴⁹ ne puissent pas être sanctionnés au titre des pratiques anticoncurrentielles, mais il s'agira alors de pratiques qui ne sont pas expressément sanctionnées par le droit des pratiques commerciales déloyales. Ces pratiques peuvent alors recevoir la qualification de pratique anticoncurrentielle, et peuvent même revêtir la forme d'une clause contractuelle²⁵⁰. Pour autant, la sanction d'une pratique commerciale déloyale sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence ne signifie pas

²⁴⁶ G. Mallen : *op. cit.*, n°416 et s., où l'auteur explique, au titre de cette appréhension par l'entente anticoncurrentielle, que la restriction de concurrence sera le plus souvent une restriction par objet (n°419 et s.), et qu'il n'y a guère que pour les pratiques discriminatoires que l'Autorité de la concurrence sera amenée à analyser le caractère effectivement anticoncurrentiel de la pratique (n°431 et s.).

²⁴⁷ V. par ex., pour l'analyse d'une clause contractuelle d'exclusivité au regard des pratiques anticoncurrentielles, et pour une décision aboutissant à l'absence d'effet sur le marché de cette clause : Aut. conc., déc. n°16-D-03 du 10 fév. 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des déchets d'équipements électriques et électroniques, spéc. n°47.

²⁴⁸ G. Mallen : *op. cit.*, n°16 où l'auteur semble adopter cette conception stricte du droit de la concurrence.

²⁴⁹ Pour reprendre le terme de G. Mallen : *op. cit.*, n°16 bis, où l'auteur explique qu'au sens de son étude, la pratique restrictive est un « comportement contractuel abusif », ce qui est une conception large de la notion, ce qui lui permet de considérer que certains de ces comportements sont sanctionnés *per se*, par le Livre IV du Titre IV du Code de commerce, alors que d'autres, ne le sont pas, et ne peuvent être sanctionnés que par le droit des pratiques anticoncurrentielles.

²⁵⁰ Cf. *Supra*, n°127 et s.

que la même pratique aurait été sanctionnée sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles, notamment en raison de l'obligation de caractériser un effet sur le marché²⁵¹. La distinction entre les règles relatives à la loyauté sur le marché et celles relative à la loyauté entre contractants est ainsi indispensable. Elle permet d'éviter de confondre entre les pratiques sanctionnées sur le premier fondement et celles qui sont sanctionnées sur le second. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels, en tant que droit spécial du contrat, n'impliquent pas, pour le juge, une analyse économique du marché. Cette spécificité n'est pas la seule par rapport aux autres branches du droit de la concurrence.

B. La spécificité des pratiques commerciales déloyales entre professionnels par rapport aux autres branches du droit de la concurrence.

502. Mise en évidence de la spécificité des pratiques commerciales déloyales entre professionnels dans le droit de la concurrence. Constituant une partie du droit de la concurrence, les pratiques commerciales déloyales entre professionnels ne constituent pas nécessairement un droit spécial de la concurrence. Pour autant, cette partie du droit de la concurrence demeure spécifique par rapport aux autres branches de la matière. Il est possible, pour mesurer la spécificité des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit de la concurrence, de reprendre les critères mis en évidence par un auteur, pour caractériser la spécificité d'un droit à l'aide d'un faisceau d'indices²⁵². Un critère subjectif propose de définir le droit par les sujets auxquels il s'applique²⁵³. Le droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels s'applique aux professionnels, ce qui ne permet pas de faire émerger la spécificité de la matière par rapport aux autres branches du droit de la concurrence, auxquelles les mêmes professionnels sont également soumis. Un critère formel invite à se poser la question de savoir si une loi ou un code regroupe les règles de ce droit²⁵⁴. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels apparaissent sanctionnées par un Titre spécifique du Code de commerce, le Titre IV du Livre IV, alors que les pratiques anticoncurrentielles font l'objet du Titre II du même Livre, et que la concurrence déloyale ne fait pas l'objet de règles spécifiques. Au-delà de cette différence de fondements, il convient

²⁵¹ Sur ce point, concernant une rupture brutale de relations commerciales établies dont il s'agissait de savoir si elle pouvait s'analyser comme un abus de position dominante, V. : Cass. com., 19 janv. 2016, n°14-21.670 et 14-21.671, à paraître au bulletin, où la Cour a été limpide, estimant que « l'article L. 420-2 du code de commerce ne trouve à s'appliquer que si la rupture brutale de la relation commerciale a eu un objet ou des effets anticoncurrentiels, avérés ou potentiels » ; D. 2016, p. 973, note sous arr. F. Buy et J.- C. Roda.

²⁵² Cf. J.- P. Chazal : *op. cit.*, p. 294-300, critères évoqués *Supra* n°493.

²⁵³ *Idem*, p. 294.

²⁵⁴ *Idem*, p. 295.

d'avoir à l'esprit que les autorités chargées de l'application du Titre IV sont différentes de celles chargées de l'application des autres branches du droit de la concurrence. Ainsi, s'agissant des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales est amenée à intervenir pour déceler les pratiques qui seraient sanctionnables²⁵⁵, même si la sanction ne peut être prononcée que par le juge, civil ou commercial²⁵⁶. En matière de pratiques anticoncurrentielles, le rôle de sanction est confié au niveau interne, à l'Autorité de la concurrence²⁵⁷ et au niveau de l'Union européenne, à la Commission européenne²⁵⁸. Ces mêmes autorités sont appelées à se prononcer en matière de concentrations d'entreprises²⁵⁹. Quant à la concurrence déloyale, s'il appartient au juge civil ou commercial de la sanctionner, il ne peut être saisi que par la victime de l'acte de concurrence déloyale, ou une organisation professionnelle²⁶⁰, alors que la saisine se trouve élargie s'agissant des pratiques visées par le Titre IV du Code de commerce²⁶¹. L'ensemble de ces éléments fait davantage ressortir le caractère spécifique des pratiques commerciales déloyales entre professionnels par rapport aux autres branches du droit de la concurrence. Puis, un critère substantiel propose de définir le droit par les règles qui le composent²⁶². Il convient sur ce point de distinguer les règles du droit de la concurrence qui sanctionnent les atteintes au marché, ou les atteintes déloyales aux concurrents, de celles qui sanctionnent les pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Ces dernières sont des règles qui s'appliquent entre professionnels à l'occasion d'un contrat, celui-ci n'étant pas nécessaire pour l'application des autres règles du droit de la concurrence. Ensuite, un critère finaliste propose de s'attarder sur la fonction du droit²⁶³. De ce point de vue, la fonction du droit de la concurrence varie selon les branches du droit. Alors que le droit des pratiques anticoncurrentielles et de la concentration économique vise à la protection de la concurrence sur un marché, le droit de la concurrence déloyale invite les concurrents à utiliser des procédés loyaux dans la concurrence et le droit des

²⁵⁵ Art. L. 440-1, V. C. com. ; Cf. *Supra*, n°350 et s.

²⁵⁶ Art. L. 442-6, III C. com. ; Deux exceptions existent, la revente à perte et l'imposition minimale d'un prix de revente, qui sont soumises au juge pénal (art. L. 442-2 et 3 C. com.).

²⁵⁷ Art. L. 462-5, I C. com.

²⁵⁸ Art. 105 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²⁵⁹ Cf. art. 2 du règlement n°139/2004/CE précité ; art. L. 430-3 C. com.

²⁶⁰ Cf. : art. L. 470-7 C. com. : « Les organisations professionnelles peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de concurrence » ; Une action de ces organisations est ainsi possible, sur le fondement de ce texte, s'agissant d'un acte de concurrence déloyale, même si la jurisprudence vérifie que le préjudice est porté à l'intérêt collectif de la profession, et non à l'intérêt des membres de l'organisation, sur ce point, v. par ex. : Cass. com., 24 nov. 2009, n°08-13.052 ; CCC, 2010, comm. 48, note sous arr. M. Malaurie-Vignal.

²⁶¹ Art. L. 442-6, III C. com., le texte n'étant pas étendu à la revente à perte et à l'imposition minimale d'un prix de revente.

²⁶² J.- P. Chazal : *op. cit.*, p. 296.

²⁶³ *Idem*, p. 298.

pratiques commerciales déloyales invite quant à lui les contractants à demeurer loyaux tout au long du processus contractuel avec un autre contractant. Enfin, un critère matériel propose une définition du droit par son objet²⁶⁴. Ce dernier critère permet également de faire la distinction entre les branches du droit de la concurrence, en ce que leurs objets sont différents. Ainsi, tandis que le droit des pratiques anticoncurrentielles a pour objet le maintien d'une concurrence saine sur un marché, la concurrence déloyale a pour objet la sanction des actes de concurrence déloyale. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels ont pour objet l'imposition d'une exigence supplémentaire de loyauté dans les contrats conclus entre professionnels. L'objet de cette branche du droit de la concurrence est ainsi spécifique et ne se retrouve pas dans les autres branches de la matière, les contrats conclus entre professionnels.

503. Conclusion du paragraphe. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels, si elles ont toute leur place au sein du droit de la concurrence, à la condition d'en adopter une conception extensive, demeurent spécifiques par rapport aux autres branches de ce droit. Le droit de la concurrence peut être vu comme divisé en deux grandes parties, l'une consacrée à la protection de la concurrence sur un marché, et incluant les pratiques anticoncurrentielles, la concentration économique et les aides d'état, et l'autre, consacrée à la protection de la loyauté, à la fois dans la concurrence, *via* la concurrence déloyale, et au sein des contrats, *via* les pratiques commerciales déloyales entre professionnels. L'intégration actuelle des pratiques commerciales déloyales et de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence dans le droit des pratiques restrictives de concurrence semble ainsi devoir être conservée.

504. Conclusion de la section. Alors que l'intégration en droit commun de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence semble difficile, même après la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, une meilleure intégration législative paraît devoir se réaliser en droit spécial. Ainsi, les pratiques commerciales déloyales entre professionnels peuvent être analysées comme un droit spécial du contrat. Différent des contrats spéciaux qui prévoient des règles pour des types de contrats particuliers, les pratiques commerciales déloyales entre professionnels constituent un droit spécial qui s'applique aux contrats conclus entre professionnels, c'est-à-dire qu'il soumet son application à la présence de parties au contrat, quelle que soit la qualification retenue pour ledit contrat. Ce faisant, la matière se rapproche du droit de la consommation, qui s'applique à tous les contrats conclus

²⁶⁴ *Idem*, p. 300.

entre les professionnels et les consommateurs. Il va de soi que, comme ce dernier, l'application des pratiques commerciales déloyales entre professionnels n'est pas exclusive de l'application du droit des contrats spéciaux, ni de celle du droit commun des contrats. Ce droit spécial du contrat se trouve être intégré au sein du droit de la concurrence. Spécifique par rapport aux autres types de règles de cette matière, les pratiques commerciales déloyales entre professionnels n'en demeurent pas moins une partie du droit de la concurrence, qui prévoit donc des dispositions de nature contractuelle. Là encore, le rapprochement avec le droit de la consommation peut être réalisé, puisque cette matière prévoit également des dispositions de nature contractuelle, au sein d'une branche du droit qui prévoit d'autres dispositions. Pour autant, le fait que le droit de la consommation ne s'applique pas aux relations entre professionnels doit effacer tout risque de confusion entre les deux matières, qui ne peuvent être ni d'application cumulative, ni d'application alternative. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels constituent ainsi un droit spécial du contrat, intégré au droit de la concurrence, comme une branche spécifique de ce droit. La meilleure intégration législative de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ne peut donc passer que par une prise en compte de la nature de la matière qui l'accueille, qu'il conviendra de ne pas modifier.

505. Conclusion du Chapitre. Au terme des développements relatifs aux conditions d'une meilleure intégration législative des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, il convient de dresser une conclusion assez originale. En effet, il aurait été possible de s'attendre à conclure que la meilleure intégration législative de ces clauses doive se faire en droit commun des contrats, en supprimant concomitamment le droit des pratiques restrictives de concurrence. Pourtant, l'analyse semble devoir contredire ce postulat. En effet, le droit commun n'apparaît pas comme le meilleur creuset pour accueillir la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, et plus généralement pour accueillir les pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Résolument spécifiques, ces pratiques appartiennent au droit spécial, et procèdent d'une logique propre, l'appréhension de pratiques, soit de comportements, mis en œuvre par des contractants à l'occasion d'un contrat. Même à l'issue de la réforme intervenue en février 2016, il est difficile de trouver cette logique au sein du droit commun des contrats. De plus, les pratiques commerciales déloyales entre professionnels apparaissent revêtir tous les caractères d'un droit spécial du contrat. Appréhender ces pratiques en tant que droit spécial du contrat invite inmanquablement à les exclure du droit commun des contrats. Demeurant de droit spécial, mais intégrées au sein du

droit de la concurrence, comme une branche à part entière de la matière, les pratiques commerciales déloyales ne semblent pas devoir migrer vers le droit commun. Ainsi, la meilleure intégration législative de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, dans une réglementation relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels paraît devoir se faire en droit spécial, à l'emplacement actuel, c'est-à-dire en droit de la concurrence, à la dénomination près, celle de pratiques restrictives de concurrence étant remplacée par celle de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Finalement, il ne semble pas nécessaire de modifier la place de ce droit spécial en tant que tel, mais plutôt d'en modifier le contenu et l'intitulé. La modification de l'intitulé permettra la mise en évidence de la spécificité de la matière au sein du droit de la concurrence, de sorte que, paradoxalement, la suppression du terme « concurrence » de cet intitulé doit permettre une meilleure intégration dans le droit de la concurrence comme une partie spécifique de ce droit qui en compte d'autres. Ainsi, ces pratiques ne ressortissent pas des règles relatives à la protection du marché, et ni la caractérisation d'un marché, ni une atteinte, même potentielle à celui-ci, n'est nécessaire pour sanctionner une pratique commerciale déloyale entre professionnels. La modification du contenu constitue l'objet de la meilleure intégration législative de la contestation des clauses, qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, au sein des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

506. Consécration législative des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La consécration législative des pratiques commerciales déloyales entre professionnels peut permettre de tirer les conséquences de la qualification de la matière en tant que droit spécial du contrat, qui s'applique entre professionnels, mais aussi de sortir la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence de l'ambivalence dans laquelle elle se trouve. Il ne faut pourtant pas se méprendre, loin d'être une révolution, la modification législative qui est nécessaire apparaît comme « sobre de nouveautés »¹. Il s'agit en réalité d'abord pour la matière d'assumer son appellation de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Il s'agit ensuite d'adapter le contenu de la matière à la dénomination, et à son objet, la loyauté, mais aussi à sa nature de droit spécial des contrats entre professionnels, à même de servir de fondement à la contestation de certaines clauses contractuelles. Cette adaptation nécessite de se poser la question de la possibilité pour cette matière d'intégrer l'ensemble de l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence, soit en d'autres termes de se poser la question du maintien ou de la suppression de certaines de ses dispositions. La modification de l'intitulé de la matière et l'affirmation de son objectif unique, le maintien de la loyauté dans les relations nouées entre professionnels à l'occasion de contrats aura nécessairement un effet sur son contenu, ne serait-ce que pour permettre à la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence de sortir de leur actuelle ambivalence. La meilleure intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence est ainsi forcément législative, puisqu'elle passe par une modification des textes existants en la matière, afin de les faire correspondre avec leurs objectifs et leurs effets. Pour autant, la modification législative peut, en droit français, émaner du législateur national, mais aussi du législateur européen. En réalité, la loi ne doit pas désigner le seul texte émanant du parlement national, mais plus généralement, « le texte obligatoire, général et impersonnel »². En matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, l'intérêt de l'Union européenne ne peut laisser subsister de doutes, de sorte que

¹ J.- E.- M. Portalis : *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, 1801 : « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; ».

² Sur cette définition, v. par ex. : P. Jestaz : *Les sources du droit*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2015, spéc. p. 41, l'auteur y incluant la loi supranationale, p. 49 et s.

le mécanisme de la meilleure intégration législative doit être nécessairement divisé en deux étapes (Section 1), alors que l'étude concrète du contenu de cette meilleure intégration législative permettra d'entrevoir la consécration législative souhaitable des pratiques commerciales déloyales entre professionnels (Section 2).

SECTION 1 : LE MECANISME DE LA MEILLEURE INTEGRATION LEGISLATIVE.

507. Intégration en deux phases. La proposition d'une réforme des pratiques restrictives de concurrence a pu être faite au niveau interne³. Pour autant, l'intérêt que manifeste l'Union européenne pour la matière⁴ doit conduire à s'interroger sur la consécration des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au niveau européen, la réforme nationale apparaissant alors comme une transposition des dispositions européennes. Loin de n'être qu'une réforme législative nationale qui interviendrait à la suite d'autres lois⁵, la

³ Pour un auteur proposant une réforme concernant les pratiques restrictives de concurrence, v. : M. Chagny : « Une loi qui en annonce une (d') autre(s) », AJCA, 2015, p. 393.

⁴ V. par ex., pour des publications mentionnant la lutte contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels : Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Think small first » : Priorité aux PME, Un « Small Business Act » pour l'Europe, 25 juin 2008, COM (2008) 394 final, qui mentionne la nécessité pour les PME de se défendre contre les pratiques commerciales déloyales (VII) ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une chaîne d'approvisionnement plus performante en Europe, 28 oct. 2009, COM (2009) 591 final, spéc. relativement à la chaîne d'approvisionnement alimentaire, n°3.1.1 ; Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Exercice de surveillance du commerce et de la distribution « Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020 », 5 juil. 2010, COM (2010) 355 final, spéc. n°6, p. 8 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réexamen du « Small Business Act » pour l'Europe, 23 février 2011, COM(2011) 78 final, n°3.1.1 ; Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « ensemble pour une nouvelle croissance », 13 avr. 2011, COM (2011) 206 final, n°2 ; Rapport du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable (2010/2109 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, 5 juil. 2011, n°35 ; Les publications plus récentes apparaissent exclusivement consacrées à la question : Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janvier 2013, COM (2013) 37 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises », 15 juillet 2014 COM(2014) 472 final ; Projet de rapport du Parlement européen sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, (2015/2065 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, 6 juil. 2015, qui fait suite à la Communication de la Commission de 2014 et insiste sur la nécessité de lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire ; Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 29 janv. 2016, COM (2016) 32 final, dont les conclusions, si elles semblent, de prime abord, écarter pour le moment une réglementation harmonisée, ne remettent pas en cause la nécessité de lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels, *via* des réglementations nationales.

⁵ Cf. les lois qui, régulièrement, ont apporté des modifications au droit des pratiques restrictives de concurrence, et parmi celles-ci, outre l'Ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, spéc. art. 36 : Loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre dans les relations commerciales ; Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, spéc. art. 48 à 56 ; Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, spéc. Titre VI, art. 41 à 52 ; Loi n°2008-3 du 3

meilleure intégration législative de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence au sein d'un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels passe nécessairement par deux phases, la première est le passage par une directive européenne (§1), tandis que la seconde sera la transposition de la directive en droit interne (§2).

§1 : Le passage par une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

508. Place du droit de l'Union européenne en droit privé. Le droit dérivé⁶ de l'Union européenne est devenu familier pour le juriste privatiste interne. Il est en effet difficile d'appréhender un secteur du droit privé sans se poser la question de l'existence ou non de dispositions issues du droit dérivé de l'Union européenne⁷. Même si le droit européen des contrats, qui se proposait d'harmoniser la matière dans toute l'Union européenne, demeure aujourd'hui à l'état de projets⁸, de nombreux textes concernent les rapports contractuels, et en

janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ; Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, spéc. art. 92 à 94 ; *Adde*, les critiques doctrinales relatives à la fréquence des réformes en matière de pratiques restrictives de concurrence, *Supra*, n°26.

⁶ Au sein du droit de l'Union européenne, il est distingué entre le droit qui est inclus dans les traités (traité sur les CE et traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), et qui prévoit par exemple la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, et le droit dérivé, qui est édicté par les institutions de l'Union européenne sur le fondement des traités, et qui prend notamment la forme de règlements ou de directives. Sur la définition du droit dérivé, v. : P. Rambaud, J.- L. Clergerie, A. Gruber : *L'Union européenne*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Précis, 2014, n°306 ; J.- P. Jacqué : *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Cours, 2015, n°907 ; J. Rideau : *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^{ème} éd, Paris : LGDJ, coll. Manuel, 2010, n°91 et s.

⁷ Il est possible de penser immédiatement aux règlements relatifs aux règles de compétence et de loi applicable, qui ont été adoptés dans les domaines divers comme par ex. les successions (règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012 relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen), les procédures d'insolvabilité (règlement (CE) n°1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité), et, plus généralement, le règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) et le règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

⁸ V. : Principes de droit européen des contrats, 1995-2003 (issus des travaux de la Commission présidée par Ole Lando) ; Code de droit européen des contrats, 1991, (issu des travaux dir. G. Gandolfi) ; Code civil européen (issu de la Commission présidée par C. Von Bar) ; Projet en matière de droit des contrats de la Commission européenne, sur celui-ci, v. not. : Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juill. 2001 concernant le droit européen des contrats (COM (2001) 398 final) ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 15 mars 2003 : un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'actions (COM (2003) 68 final) ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 11 oct. 2004 : Droit européen des contrats et révision de l'*acquis* : la voie à suivre (COM (2004) 651 final) ; Rapport de la Commission du 23 sept. 2005 : Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'*acquis* (COM (2005) 456 final) ; Rapport de la Commission du 25 juill. 2007 : Deuxième rapport sur l'état d'avancement du cadre commun de référence (COM (2007) 447 final) ; Livre vert de la Commission du 1 juill. 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (COM (2010) 348 final) ; Pour une synthèse relative à ces travaux, v. : G. Busseuil : *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, th. préf. M.- J. Campana, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, LGDJ, coll. des thèses, vol. n°27, 2009, spéc. n°23, 26 et 27.

particulier la proposition de règlement relative à la vente, lorsque ce contrat est conclu entre des parties résidant dans des états membres différents⁹. En l'absence d'une réglementation à vocation générale, en matière contractuelle qui, assurément, « enrichirait la notion de contrat »¹⁰, mais dont la complexité de mise en œuvre ne fait guère de doutes¹¹, le droit de l'Union européenne semble avoir choisi le chemin d'une harmonisation au niveau de certains aspects de droits spéciaux des obligations. Intervenant par des textes spécifiques, cette harmonisation touche ainsi des domaines aussi variés qu'une responsabilité civile spéciale¹², ou que la fixation de délais maximaux de paiement et l'imposition de sanction pour leur non-respect dans les transactions commerciales¹³. Cette harmonisation atteint sa forme la plus aboutie en droit privé dans le domaine de la consommation, où des textes sont intervenus pour réglementer les rapports contractuels entre professionnels et consommateurs, tant relativement au devoir spécifique d'information¹⁴, qu'aux pratiques sanctionnables que les professionnels peuvent mettre en place pour convaincre les consommateurs de contracter¹⁵, qu'aux obligations spécifiques des professionnels à l'occasion des contrats conclus avec les consommateurs,

⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011 (COM (2011) 635).

¹⁰ G. Busseuil : *op. cit.*, spéc. n°542 et s.

¹¹ V. not., parmi les réserves émises par la doctrine relativement aux projets d'harmonisation du droit des contrats : B. Fauvarque-Cosson : « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD Civ.*, 2002, p. 463 ; G. Cornu : « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351 ; Y. Lequette : « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », *D.* 2002, p. 2202 ; du même auteur : « Vers un Code civil européen ? », *Revue Pouvoirs*, nov. 2003, n°107, p. 97-126 (consultable à l'adresse suivante : <http://www.revue-pouvoirs.fr/Vers-un-Code-civil-europeen.html>) ; « Le code européen est de retour », *RDC*, n°3-2011, p. 1036 ; C. Prieto : « Un Code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », *P. Aff.*, 7 mai 2004, n°92, p. 19 ; *Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français*, VI^e colloque annuel de l'Association du Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas-Paris II, 10 mai 2012, *RDC*, n°4-2012, p. 1393 et s. ; P. Brun : « Que faut-il entendre par droit commun européen de la vente ? Remarques lapidaires en guise d'introduction », *P. Aff.*, 24 déc. 2013, n°256, p. 5 ; *Adde, contra* : D. Tallon : « Vers un droit européen du contrat ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris : Litec, 1993, p. 485-494 ; C. Witz : « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, p. 79 ; V. encore, regroupant quelques-uns des principaux articles réservés ou favorables au projet d'harmonisation du droit européen des contrats : B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud : *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris : Société de législation comparée, coll. droit privé comparé et européen, 2004.

¹² Il s'agit de la responsabilité du fait des produits défectueux, prévue par la directive 85/374 du Conseil du 25 juill. 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des états membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, transposée en droit interne aux anc. art. 1386-1 et s., codifiés, depuis l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 aux art. 1245 et s.

¹³ Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 fév. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

¹⁴ L'obligation d'information à la charge du professionnel, lorsqu'il est face à un consommateur est prévue par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relatif aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil, et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, spéc. art. 5 et 6.

¹⁵ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

comme par exemple la sanction des clauses abusives¹⁶, le droit de rétractation du consommateur qui a contracté à distance avec le professionnel¹⁷, ou les obligations spécifiques du professionnel qui conclut un contrat de vente avec un consommateur¹⁸. Pour autant, il convient de ne pas en déduire que le droit privé de l'Union européenne se limite à son action en droit de la consommation. Certes, le droit dérivé intervient peu dans les rapports contractuels entre particuliers¹⁹. Pour autant, son action est plus marquée dans les rapports contractuels entre professionnels. Outre la réglementation relative aux délais de paiement²⁰, qui peut être vue comme sanctionnant déjà des pratiques déloyales entre professionnels²¹, l'Union européenne a montré qu'elle focalise son attention sur la lutte contre ces pratiques commerciales déloyales, lorsqu'elles sont mises en œuvre à l'occasion de contrats entre entreprises²². Son travail pourrait aboutir à la publication d'une directive dans ce domaine (A), texte dont il convient de préciser l'étendue (B).

A. Le choix d'une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

509. Annonce. Le choix d'une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels paraît tenir pour acquis un certain nombre d'éléments sur lesquels il est pourtant nécessaire de s'attarder. D'abord, comme pour toute organisation internationale, l'Union européenne ne peut édicter des normes que dans les domaines où les états membres lui ont consenti une compétence (1). Ensuite, la directive n'est

¹⁶ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹⁷ Directive 2011/83/UE, précitée, art. 9 à 16.

¹⁸ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et de garanties des biens de consommation.

¹⁹ Sur ce point, il convient de réserver l'application des règlements précités relatifs aux règles de conflits de lois et de juridiction dans l'Union européenne ; il est également possible d'envisager une intervention du droit de l'Union européenne dans certains rapports contractuels entre particuliers, notamment en ce que se développe la « consommation collaborative », sur ce point, v. : Avis du Comité économique et social européen sur le thème « La consommation collaborative ou participative : un modèle de développement durable pour le XXI^e siècle », 21 janv. 2014. Cette forme de consommation est définie au n°3.1 dudit avis comme la manière traditionnelle de partager, d'échanger, de prêter, de louer et d'offrir repensée à la faveur de la technologie moderne et des communautés. Il résulte de cette définition qu'il peut s'agir de contrats qui sont conclus entre particuliers, et le Comité « invite la Commission à prendre des mesures appropriées de protection des consommateurs », notamment en ce qu'ils concluent des contrats entre eux, et non avec des professionnels.

²⁰ Directive 2011/7/UE précitée ; V. déjà : directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

²¹ Cf. art. 7 de la directive 2011/7/UE, sur ce point, v. : D. Voinot : « La lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales : une harmonisation du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ? », in Colloque : *Droit européen des pratiques commerciales déloyales*, Lille, 2011, dir. D. Voinot et E. Terryn, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, spéc. p. 136-143 ; du même auteur : « Le recouvrement amiable des créances à l'épreuve du droit européen des pratiques commerciales déloyales », *Annuaire de droit européen*, 2016, à paraître, spéc. *in fine*.

²² Cf. *Supra*, n°507.

qu'un type de normes que peut prendre l'Union européenne parmi d'autres, de sorte qu'il faille préciser en quoi cet instrument doit être préféré par rapport aux autres types d'actions possibles (2).

1. La compétence de l'Union européenne pour agir en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

510. Compétence d'attribution. L'Union européenne peut agir dans les domaines où les états membres lui ont attribué compétence²³. Ce principe d'attribution ne lui permet d'agir que dans les limites des compétences attribuées²⁴, et a pour corollaire deux principes. D'une part, un principe de subsidiarité selon lequel « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient si et seulement si, et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres »²⁵. D'autre part, un principe de proportionnalité, qui impose à l'Union européenne de ne pas excéder « ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »²⁶. Il en résulte que pour savoir si l'Union européenne est compétente pour agir en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, il convient de s'assurer que les Etats membres lui ont attribué cette compétence. Il existe deux types de compétences de l'Union européenne, les compétences exclusives et les compétences partagées (a), l'action de l'Union en matière de pratiques semblant devoir relever des secondes (b).

- a. *Le domaine de compétence de l'Union européenne pour intervenir en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.*

511. Compétences exclusives et pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Certaines compétences sont exclusives, c'est-à-dire que l'Union européenne est seule à pouvoir légiférer dans ces domaines, et que les Etats ne peuvent le faire que s'ils sont habilités par l'Union²⁷. Les compétences exclusives de l'Union européenne sont limitativement énumérées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et

²³ Cf. art. premier du Traité sur l'Union européenne (TUE) : « Par le présent traité, les hautes parties contractantes instituent entre elles une Union européenne, ci-après dénommée « Union », à laquelle les Etats membres attribuent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs ».

²⁴ Art. 5 TUE.

²⁵ Art. 5 §3 TUE ; Sur ce principe de subsidiarité, v. : J. Rideau : *op. cit.*, n°406 et s., où l'auteur mentionne également une riche bibliographie consacrée à ce principe ; P. Rambaud, J.- L. Clergerie, A. Gruber : *op. cit.*, n°338 et s. ; J.- P. Jacqué : *op. cit.*, n°274 et s. ; C. Blumann, L. Dubouis : *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, coll. Manuels, 2013, n°602 et s.

²⁶ Art. 5. §4 TUE ; Sur ce principe de proportionnalité, v. : P. Rambaud, J.- L. Clergerie, A. Gruber : *op. cit.*, n°347 et s. ; J.- P. Jacqué : *op. cit.*, n°285 et s. ; C. Blumann, L. Dubouis : *op. cit.*, n°622 et s.

²⁷ Art. 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

comprennent des domaines comme l'union douanière, les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, la politique monétaire, la politique de la pêche, ainsi que la politique commerciale commune²⁸. Il convient de se poser la question de savoir si l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive dans le domaine des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Parmi les compétences exclusives, il convient d'abord de distinguer entre les pratiques commerciales déloyales et la politique commerciale commune, qui s'apparente davantage à la définition de la politique suivie par l'Union en matière de commerce avec des états tiers²⁹. Demeure la question relative au point de savoir si les pratiques commerciales déloyales entre professionnels peuvent s'intégrer dans les « règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ». La réponse apparaît moins évidente, puisqu'elle induit la question de l'intégration ou non des pratiques commerciales déloyales au sein des règles de concurrence communautaires. En droit interne, il ne fait guère de doute que les pratiques commerciales déloyales dénommées pratiques restrictives de concurrence font partie intégrante du droit de la concurrence, à condition toutefois d'en avoir une conception large. Entendu strictement, le droit de la concurrence désigne les règles relatives à la protection du marché, et à l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles. Une conception plus large de la matière permet d'y ajouter les règles relatives à la concurrence déloyale et aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Le droit de l'Union européenne semble avoir opté pour une conception stricte du droit de la concurrence, les règles de la matière étant conçues pour protéger le marché intérieur³⁰. Les règles de concurrence prévues par le droit de l'Union supposent ainsi un effet réel ou potentiel sur le marché, et ne peuvent donc pas inclure les pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La Commission européenne a eu l'occasion de préciser qu'il faut « faire la distinction entre droit de la concurrence et dispositions législatives visant à empêcher les pratiques déloyales »³¹, en insistant sur le fait que les pratiques commerciales déloyales visent à régir des relations

²⁸ Art. 3 §1 TFUE.

²⁹ Art. 206 et s. TFUE.

³⁰ Cf. art. 101 et 102 TFUE, qui précisent, pour définir les ententes et les abus de position dominantes prohibées, que ceux-ci sont « incompatibles avec le marché intérieur ».

³¹ Livre vert du 31 janv. 2013 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, précité, spéc. n°3.1 : « Il convient de faire la distinction, dans ce contexte, entre le droit de la concurrence et les dispositions législatives visant à empêcher les pratiques déloyales. Les règles en matière de pratiques commerciales déloyales ont, pour l'essentiel, un objectif différent de celui du droit à la concurrence car elles régissent les relations contractuelles entre entreprises (...) indépendamment les effets réels ou présumés sur la concurrence sur le marché » ; *Adde* : Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 29 janv. 2016 sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (COM (2016) 32 final), spéc. n°2 où la Commission précise que « la plupart des pratiques commerciales déloyales signalées ne relèvent pas du droit de la concurrence, car la majorité des acteurs se trouvent en position forte mais non dominante ».

contractuelles entre des entreprises, alors que le droit de la concurrence vise à régir les comportements des entreprises sur le marché³². Appartenant au droit de la concurrence au sens large, les pratiques commerciales déloyales entre professionnels ne peuvent être considérées comme appartenant aux « règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur » de l'Union européenne³³. Cette compétence exclusive est ainsi fondée sur une conception étroite du droit de la concurrence, ce qui a pour conséquence de ne pas interdire aux Etats membres de prévoir des dispositions relatives à ces pratiques³⁴. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels ne ressortissent donc pas à une compétence exclusive de l'Union européenne, de sorte qu'il convient de se poser la question de leur appartenance à une compétence partagée.

512. Compétences partagées et pratiques commerciales déloyales entre professionnels. D'autres compétences attribuées par les Etats membres à l'Union européenne sont des compétences partagées en ce que l'Union et les Etats membres peuvent légiférer dans ces domaines, les états pouvant exercer leur compétence si l'Union européenne n'a pas exercé la sienne³⁵. Les compétences partagées sont, pour les principales³⁶, prévues par le Traité sur le

³² V. toutefois, *contra* : G. Mallen : *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence, analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, th. préf. L. Arcelin-Lécuyer, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014, où l'auteur tend à démontrer qu'au titre des abus de position dominante ou des ententes, les autorités européennes de la concurrence peuvent appréhender des pratiques contractuelles abusives, c'est-à-dire des pratiques commerciales déloyales. Il semble cependant qu'une nuance doive être apportée, puisqu'en vertu de la position précitée de la Commission, et de l'acception étroite de la concurrence retenue par l'Union européenne dans le cadre de la compétence exclusive, il ne puisse être considéré que ces pratiques entrent dans le domaine de la compétence exclusive de l'Union en matière de concurrence.

³³ Cf. : Règlement (CE) du Conseil n°1/2003 du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, spéc. considérant n°9 : « Les articles 81 et 82 du traité ont pour objectif de préserver la concurrence sur le marché. Le présent règlement, qui est adopté en application des dispositions précitées, n'interdit pas aux Etats membres de mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales destinées à protéger d'autres intérêts légitimes, pour autant que ces dispositions soient compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire. [...] Par voie de conséquence, les Etats membres peuvent, eu égard au présent règlement, mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales interdisant ou sanctionnant les actes liés à des pratiques commerciales déloyales, qu'ils aient un caractère unilatéral ou contractuel. Les dispositions de cette nature visent un objectif spécifique, indépendamment des répercussions effectives ou présumées de ces actes sur la concurrence sur le marché » ; Sur ce point, v. : M. Béhar-Touchais : « L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales », RLC, 1/2010, n°22, p. 31-35, spéc. n°7 où l'auteur voit les pratiques restrictives de concurrence, au sens du Règlement Rome II, comme des actes de concurrence déloyale, et non comme des actes restreignant la concurrence, étant donné que le considérant précité les distingue de ces derniers ; *Adde* : CJUE, 16 avr. 2013, aff. C-274/11 et C-295/11, Royaume d'Espagne et République italienne c. Conseil de l'Union européenne, spéc n°24 : « L'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union dans le domaine des « règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur » sont déterminées à la troisième partie, titre VII, chapitre 1, du traité FUE, et notamment aux articles 101 TFUE à 109 TFUE ».

³⁴ Pour un avis plus réservé sur la question, v. : D. Voinot : « L'interdiction de la revente à perte est-elle conforme à la directive sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ? », AJCA, 2014, p. 171, spéc. *in fine*.

³⁵ Art. 2 §2 TFUE.

fonctionnement de l'Union européenne, et concernent par exemple le marché intérieur, la politique sociale, la cohésion économique, sociale et territoriale, l'agriculture, l'environnement, la protection des consommateurs, ou encore les transports et l'énergie³⁷. De la même manière que relativement aux compétences exclusives, il convient de se demander si l'Union européenne dispose d'une compétence partagée pour agir en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Alors que les pratiques commerciales déloyales entre professionnels ne peuvent assurément intégrer la compétence relative à la protection des consommateurs ou à l'environnement, il apparaît que la seule compétence partagée de l'Union européenne qui puisse intégrer une action relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels soit le marché intérieur. Le marché intérieur est défini comme un « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités »³⁸. *A priori*, les règles relatives au marché intérieur ressortissent parfois des compétences exclusives, comme celles relatives à la concurrence nécessaire au fonctionnement du marché intérieur, et parfois des compétences partagées. La différence réside dans le fait que les règles relatives au marché intérieur qui relèvent des compétences partagées ne sont pas précisées dans le Traité, et il est possible de considérer qu'elles sont à la fois plus nombreuses que les règles relevant de la compétence exclusive, mais aussi différentes des règles relatives à la concurrence, *stricto sensu*. Le marché intérieur apparaît, avec l'Acte Unique Européen³⁹, comme un « approfondissement du marché commun »⁴⁰ qui existait jusqu'alors, et qui était conçu comme tendant à réunir « des conditions aussi proches que possibles de celles d'un véritable marché intérieur »⁴¹. Le marché intérieur apparaît, à la différence du marché visé par les dispositions relatives à la concurrence, qui invitent à définir le marché précis sur lequel les pratiques sont mises en œuvre, comme l'espace, formé par les états membres de l'Union européenne, où doit être assurée la libre circulation. La compétence partagée « marché intérieur » apparaît ainsi comme le fondement juridique de la possible action de l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

³⁶ Il ressort des art. 3 et 4 TFUE que la liste des compétences exclusives de l'Union européenne est limitative, alors que la liste des compétences partagées semble plus indicative, par l'emploi du terme « principaux » ; Sur ce point, v. : J.- P. Jacqué : *op. cit.*, n°263.

³⁷ Art. 4 TFUE.

³⁸ Art. 26 TFUE.

³⁹ Acte unique européen, 17 fév. 1986, spéc. art. 8A.

⁴⁰ V. en ce sens : P. Van Ommeslaghe, V. Pissevaux, Répertoire de droit européen, Dalloz, 2009, V° « Marché intérieur », spéc. n°9 et s.

⁴¹ CJCE, 5 mai 1982, aff. 15/81, Gaston Schul Douane Expéditeur BV c. Inspecteur des droits d'importation et des accises, de Roosendaal, spéc. n°33.

b. *La compétence partagée « marché intérieur » de l'Union pour intervenir en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.*

513. La possibilité d'une harmonisation des législations en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. L'établissement et le fonctionnement du marché intérieur fonde la compétence de l'Union européenne pour œuvrer au rapprochement des législations nationales⁴². Il s'agit du fondement de l'action de l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, mis en évidence dans les publications qui tendent à ouvrir la voie à une telle action⁴³. Le rapprochement des législations nationales par l'Union européenne suppose que soient réunies deux conditions cumulatives, le texte qui prévoit le rapprochement des dispositions nationales conduit en effet à considérer que ces dispositions existent, et qu'elles nécessitent une harmonisation, soit en d'autres termes qu'elles ne sont pas identiques dans tous les états membres. De plus, ces dispositions doivent être relatives à l'établissement ou au fonctionnement du marché intérieur⁴⁴. Il s'agit d'une application du principe de la compétence partagée, qui permet à l'Union européenne d'agir, mais qui n'interdit pas aux états membres d'édicter des règles dans le domaine du marché intérieur. Si ces règles sont trop disparates pour assurer un fonctionnement correct du marché intérieur, l'Union européenne pourra exercer sa compétence, en rapprochant les législations nationales. La première question qui se pose est alors de savoir si des législations nationales existent en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Sur ce point, il apparaît que vingt des vingt-huit états membres disposent d'une législation relative à ces pratiques⁴⁵. La seconde consiste à analyser ces législations pour savoir si elles induisent des différences selon les Etats.

⁴² Art. 114 TFUE.

⁴³ Cf. Livre vert du 31 janv. 2013 précité, n°1 *in fine* : « L'existence de règles nationales fragmentées peut constituer un obstacle supplémentaire à l'exercice d'activités d'approvisionnement et de distribution transfrontières à l'intérieur du marché unique », la Commission précisant également que « un meilleur fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement permettrait de favoriser une plus grande intégration économique et de remédier aux principales défaillances du marché unique dues aux pratiques commerciales déloyales et à la fragmentation des règles nationales visant à lutter contre celles-ci » ; Projet de rapport du Parlement européen du 6 juill. 2015 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065 (INI)), spéc. Considérant G : « Considérant que les pratiques déloyales entravent le développement et le fonctionnement du marché intérieur et qu'elles perturbent gravement les mécanismes de marché » ; v. aussi, n°13 : « Souligne que la lutte contre les pratiques commerciales déloyales contribuera à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur et à développer le commerce transfrontière au sein de l'Union ».

⁴⁴ Sur ce point, v. : F. Dintilhac : Répertoire Dalloz de droit européen, 2015, V° « rapprochement des législations », spéc. n°37.

⁴⁵ Cf. : Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 29 janv. 2016, précité, n°2, le document disposant d'une carte de l'Union européenne distinguant les Etats qui ont une législation en matière de pratiques commerciales déloyales de ceux qui n'en disposent pas.

514. La mise en évidence de la nécessité d'une harmonisation des législations en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Demeure la deuxième question, celle de savoir si ces législations sont similaires dans l'ensemble des états membres, ou si elles doivent nécessiter une harmonisation. La réponse paraît évidente, puisque la Commission européenne, après avoir, comme le Parlement européen, tendu à l'estimer indispensable⁴⁶, a considéré qu'une harmonisation n'était pas nécessaire, puisque les dispositions des états membres permettaient une lutte assez efficace contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels⁴⁷. La Commission applique le principe de subsidiarité selon lequel, dans le cadre des compétences partagées, si l'objectif est atteint par les législations des états membres, il n'est pas nécessaire d'adopter une législation harmonisée⁴⁸. Pour autant, il ne semble pas qu'il faille considérer la question comme ayant reçu une réponse définitive. Plusieurs éléments qui ressortent du Rapport du 29 janvier 2016 laissent en effet penser que la Commission maintienne ouverte la possibilité d'une harmonisation des législations en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Réaffirmant son objectif de lutte contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels, dans le domaine particulier de la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises, la Commission semble lever plusieurs arguments en faveur d'une harmonisation, même s'il faut concéder qu'elle paraît, à l'heure actuelle, laisser aux états membres le soin de lutter contre ces pratiques. En d'autres termes, dans un premier temps, l'action de la Commission en matière de pratiques commerciales déloyales paraît se limiter à la fixation d'un objectif que les états membres doivent atteindre. Elle relève en particulier à cet égard que si une majorité d'états membres ont prévu des dispositions en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, il n'en demeure pas moins que certains d'entre eux ne disposent pas d'une telle législation, ou disposent d'un dispositif trop limité pour être

⁴⁶ V. not. : Livre Vert du 31 janv. 2013, précité, où il est considéré, spéc. p. 19, qu'il pouvait être « nécessaire de garantir l'existence d'un ensemble de principes communs afin de remédier aux différents types de pratiques commerciales déloyales » ; Projet de rapport du parlement européen du 6 juill. 2014, précité, spéc. n°17 : « Prie instamment la Commission de proposer, dans la législation de l'Union, des dispositions spécifiques qui interdisent les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et visent à garantir le bon fonctionnement des marchés ainsi que des relations loyales et transparentes entre les producteurs, les fournisseurs, et les distributeurs de denrées alimentaires ».

⁴⁷ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 29 janv. 2016, précité, où la conclusion apparaît sans ambiguïté : « Par conséquent, compte tenu des évolutions positives dans certaines parties de la chaîne alimentaire et de l'existence de différentes formules pour lutter efficacement contre les pratiques commerciales déloyales, la Commission ne voit pas la valeur ajoutée qu'apporterait à ce stade une réglementation harmonisée à l'échelle de l'Union » ; Ce rapport fait suite à la Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 15 juill. 2014 : « lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises » (COM (2014) 472 final), qui précisait qu'il convenait de faire face aux pratiques commerciales déloyales par une « combinaison de cadres volontaires et réglementaires » (spéc. p. 15).

⁴⁸ Art. 5 §3 TUE, précité.

efficace⁴⁹. De plus, parmi les états qui disposent d'une législation en la matière, il ressort du Rapport que certains d'entre eux ne disposent que d'une règle générale, de prohibition des abus de dépendance économique⁵⁰, alors que d'autres législations sont plus précises et prohibent, *per se*, un certain nombre de pratiques⁵¹. Le Rapport tend sur ce point à attirer l'attention des législateurs nationaux sur les inconvénients de ces deux types de dispositifs⁵², et à inciter les états à opter pour une voie médiane, consistant en une prohibition générale des pratiques commerciales qui sont déloyales entre professionnels, mais aussi en une liste de pratiques prohibées en toutes circonstances⁵³. Il faut noter sur ce point que cette proposition n'est pas sans rappeler le dispositif communautaire de lutte contre les pratiques commerciales déloyales dans les relations entre professionnels et consommateurs⁵⁴. Plus précisément, la Commission pointe l'effet variable des législations, qui pour certaines, n'aboutissent qu'à peu de pratiques effectivement sanctionnées, ce qui paraît permettre de douter que l'objectif de lutte contre ces pratiques soit réellement atteint⁵⁵. Le Rapport contient d'ailleurs un conseil adressé aux législateurs nationaux, relatif à la sanction des pratiques commerciales déloyales entre professionnels qui serait, selon la Commission, la plus efficace⁵⁶. Il faut concéder que

⁴⁹ Cf. : Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, spéc. p. 5, où la Commission relève notamment des législations qui visent spécifiquement à la protection du détaillant, en laissant entendre que cette protection ne permet pas de lutter contre l'ensemble des pratiques critiquables qui peuvent apparaître tout au long de la chaîne de distribution.

⁵⁰ *Idem*, p. 6, où la commission mentionne en particulier les exemples allemand et autrichien, qui « visent à déterminer s'il existe un déséquilibre économique significatif entre deux opérateurs, et si l'opérateur le plus fort a abusé de cette position pour imposer des clauses ou des conditions déloyales à la partie la plus faible ».

⁵¹ *Ibidem*, la Commission citant par exemple la République Tchèque, la Slovaquie, ou la Hongrie, précisant que la prohibition des pratiques par des listes implique de « ne pas en apprécier au cas par cas le caractère déloyal ».

⁵² *Ibidem*, la Commission mentionnant que la « stratégie générale requiert une évaluation très approfondie des circonstances économiques et contractuelles dans lesquelles s'inscrivent chaque cas particuliers. Or, il peut être difficile pour les autorités d'application nationales de mettre en œuvre une législation générale de ce type », alors que la législation spécifique rend « parfois difficile la prise en considération du contexte économique et contractuel d'une clause ou d'une pratique unique, et cela peut susciter des inquiétudes concernant la proportionnalité ».

⁵³ *Idem*, p. 5 ; La Commission considère « qu'un cadre réglementaire efficace devrait cibler quatre grands types de pratiques commerciales déloyales : une partie ne devrait pas faire supporter indûment ou de manière déloyale ses propres coûts ou ses risques commerciaux par l'autre partie ; une partie ne devrait pas demander à une autre partie des avantages qu'elle qu'en soit la nature, sans lui fournir de service en contrepartie ; une partie ne devrait pas pouvoir modifier unilatéralement ou rétroactivement les clauses d'un contrat que si ce dernier l'autorise expressément dans des conditions équitables ; il ne devrait pas y avoir de cessation abusive d'une relation contractuelle ni de menace de résiliation injustifiée d'une relation contractuelle ».

⁵⁴ Cf. directive 2005/29/CE, précitée, qui contient une disposition générale (art. 5), puis une liste de pratiques réputées déloyales, les pratiques trompeuses (art. 6 et 7) et les pratiques agressives (art. 8 et 9).

⁵⁵ Rapport du 29 janv. 2016, spéc. p. 8, où la Commission constate que « environ un tiers des Etats membres dans lesquels l'application relève de la sphère publique n'a enregistré aucun cas au cours des dernières années ; dans un autre tiers des Etats, seul un petit nombre de cas ont fait l'objet d'une enquête, alors que dans le dernier tiers, les cas traités se comptent par dizaines, voire davantage ». La Commission poursuit en considérant que « les Etats membres n'ayant enregistré aucun cas récent de pratique commerciale déloyale devraient réexaminer leur situation nationale ».

⁵⁶ *Ibidem*, où la Commission, outre le fait qu'elle relève que la sanction de ces pratiques est, dans la plupart des cas, une amende, propose la publication du nom des entreprises responsables de ces pratiques, en précisant que

l'ensemble de ces constatations ne permet pas de considérer que toutes les législations nationales des états membres soient efficaces pour atteindre l'objectif de lutte contre les pratiques commerciales déloyales. Il est même possible de constater des disparités relativement importantes selon les législations. Ainsi, avec une lecture plus approfondie du rapport, il apparaît dans un second temps, que les conditions à réunir pour envisager une harmonisation des législations nationales, au sens de l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, sont réunies⁵⁷. Il est alors possible de voir le Rapport sous un aspect différent. En passant pour ne pas se prononcer pour une harmonisation des législations des états membres en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, la Commission distille en réalité un certain nombre de recommandations qui tendent vers cette harmonisation. Le contenu de cette harmonisation apparaît relativement clair, puisqu'il s'agit d'une prohibition générale de ces pratiques dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises, accompagnée d'une liste de pratiques réputées déloyales en toutes circonstances, ainsi que de sanctions. Cette harmonisation qui ne dit pas son nom est d'ailleurs assortie d'un contrôle de la Commission qui réévaluera, sous trois ans, « la valeur ajoutée potentielle de l'action menée par l'Union européenne pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales, à la lumière d'éventuelles nouvelles évolutions »⁵⁸. L'évocation par le rapport de l'intéressante initiative volontaire « Supply Chain Initiative »⁵⁹ n'est d'ailleurs pas de nature à remettre en cause cette vision. Il s'agit « d'accroître l'équité des relations commerciales »⁶⁰, et ainsi de promouvoir, dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, un certain nombre de bonnes pratiques, et par conséquent de tendre à limiter les pratiques commerciales déloyales⁶¹. Tendrant au développement de bonnes pratiques, la Commission constate qu'il ne s'agit pas d'une institution disposant de moyens de dissuasion efficaces contre les pratiques⁶². De plus, la Commission constate que si les principales victimes des pratiques commerciales déloyales

« pour avoir un réel effet dissuasif, les sanctions doivent être largement supérieures à tout bénéfice découlant des pratiques commerciales déloyales, et influencer les comportements à l'échelle des entreprises ». La Commission précise également qu'il convient que les sanctions soient « proportionnelles à la gravité de la pratique », et à « ses dommages éventuels sur la ou les victimes ».

⁵⁷ Cf. art. 114, §1 TFUE qui suppose l'existence de législations, et la constatation de différences entre celles-ci.

⁵⁸ Rapport du 29 janv. 2016, spéc. p. 14, où la Commission précise « avant la fin de son mandat », son mandat actuel s'achevant en octobre 2019.

⁵⁹ Il s'agit d'une initiative du Forum issu de la Communication de la Commission établissant le Forum de haut niveau sur l'amélioration du fonctionnement de la chaîne de distribution alimentaire, 30 juill. 2010 (2010/C210/03) : http://ec.europa.eu/growth/sectors/food/competitiveness/supply-chain-forum/index_en.htm ; qui tend notamment à promouvoir un code de conduite volontaire visant à éliminer les pratiques commerciales déloyales entre entreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire : « Vertical Relationship in the Food Supply Chain : Principles of Good Practice », disponible sur la page internet du Forum, précitée.

⁶⁰ Rapport du 29 janv. 2016, précité, p. 9.

⁶¹ *Idem*, p. 11.

⁶² *Ibidem*.

entre entreprises sont les petites et moyennes entreprises, il s'agit également des professionnels qui ont le moins connaissance de l'initiative volontaire⁶³. La Commission européenne semble vouloir faire participer cette initiative à la lutte contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels, dans la chaîne de distribution alimentaire, au niveau de l'Union européenne, en particulier en lui conférant la possibilité de recevoir des plaintes de professionnels, mais aussi en lui octroyant le pouvoir d'enquêter et de sanctionner les pratiques déloyales. Ainsi, au-delà de promouvoir les bonnes pratiques, cet organisme aurait vocation à sanctionner les mauvaises, celles qui sont déloyales, dans un rôle qui, à la possibilité de sanctionner près, n'est pas sans évoquer l'institution française, compétente dans ce domaine, la Commission d'examen des pratiques commerciales⁶⁴. Il résulte finalement de ce rapport une véritable nécessité d'harmoniser les législations nationales en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, même si la publication se cantonne au secteur de la distribution alimentaire.

515. La nécessité d'une harmonisation des législations en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La lecture approfondie du rapport de la Commission européenne du 29 janvier 2016 permet de le placer dans la lignée des publications précédentes de la Commission ou du Parlement européen, mentionnant la nécessité d'une harmonisation des législations en matière de pratiques commerciales déloyales⁶⁵. Pour autant, cette publication fait revêtir à l'harmonisation une forme particulièrement originale, où les états membres qui n'ont pas prévu de dispositions en la matière ou dont la législation n'est pas suffisamment efficace, ont trois ans pour adopter des dispositions nouvelles ou pour modifier les dispositions applicables, sans que l'Union européenne ne passe par l'édiction d'une directive. Ce délai devrait permettre, dans l'esprit de la Commission, d'amener l'ensemble des législations à un minimum en matière de sanction des pratiques commerciales déloyales. Il est possible de regretter que l'harmonisation n'ait pas revêtu les formes classiques des actes pris

⁶³ *Idem*, p. 10.

⁶⁴ La Commission d'Examen des pratiques commerciales est prévue par l'art. L. 440-1 C. com., et sa mission est précisée par l'art. L. 440-1, V : « La Commission a pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, qui lui sont soumis ».

⁶⁵ Sur ce point, parmi les publications précédant le Rapport du 29 janv. 2016, V. not. : Projet de rapport du parlement européen du 6 juill. 2015, précité, spéc. p. 10 : « Il convient de prendre des mesures fortes afin d'éliminer une fois pour toutes les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire dans l'Union. L'ampleur du problème exige la mise en place, au niveau de l'Union, de règles qui visent à garantir le bon fonctionnement des marchés ainsi que des relations loyales et transparentes entre l'ensemble des acteurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Les pratiques commerciales déloyales doivent être clairement définies et interdites sous peine de sanctions ».

sur le fondement de l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Pour autant, il ne semble faire guère de doutes que l'harmonisation devra prendre des formes plus contraignantes, ne serait-ce que parce qu'il sera difficile de ne pas aboutir, avec autant de législations que d'états membres, à des divergences incompatibles avec le fonctionnement du marché intérieur. En effet, les professionnels qui agissent dans le cadre de la chaîne de distribution alimentaire ou non, agissent avant tout sur le marché intérieur de l'Union européenne. Il paraît peu probable d'envisager que la Commission se satisfasse de législations disparates en matière de protection des professionnels contre les pratiques commerciales déloyales, alors que par ailleurs, ces mêmes professionnels peuvent être amenés à conclure des contrats avec des partenaires européens ressortissant d'autres états membres. Les disparités actuelles entre les législations imposent nécessairement aux professionnels de connaître les législations prises en ce domaine par les états dans lesquels ils ont des partenaires. Elle peuvent également mettre en évidence des distorsions, en particulier lorsqu'une pratique apparaît comme non-sanctionnée dans un état membre, sanctionnée si elle ressort d'un contexte économique de domination dans un autre, et sanctionnée en toute circonstances dans un troisième. De ce point de vue, pour prendre un exemple entre états limitrophes, l'imposition à un partenaire commercial d'un déséquilibre significatif constitue une pratique commerciale déloyale en France, mais ne l'est en Allemagne qu'à condition d'établir un déséquilibre économique entre les deux parties, mais aussi un abus de position forte ayant pour effet d'imposer des clauses déloyales à l'autre partie, et pourra ne pas être sanctionné au Luxembourg, qui ne prévoit pas de dispositions particulières en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Dès lors, l'action de l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales semble devoir passer par une harmonisation plus contraignante pour les états.

2. La forme de l'action de l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales.

516. La forme actuelle de l'action. Actuellement, il n'est pas possible de considérer qu'aucune action de l'Union européenne n'existe en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Pour autant, cette action revêt la forme de communications⁶⁶, de

⁶⁶ V. pour des ex. précités : Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Think small first » : Priorité aux PME, Un « Small Business Act » pour l'Europe ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une chaîne d'approvisionnement plus performante en Europe ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social

rapports⁶⁷, ou encore d'un Livre vert⁶⁸, soit en d'autres termes d'actes non-obligatoires, même s'ils laissent entrevoir une future harmonisation⁶⁹. Il convient de ne pas nier l'effet⁷⁰ de ces actes de « soft law »⁷¹, qui permettent de promouvoir les bonnes pratiques, tout en s'attardant sur les pratiques qui sont déloyales et qu'il conviendrait de sanctionner. Néanmoins, cette forme d'action atteint ses limites lorsqu'il s'agit de définir les pratiques déloyales, ou encore de les sanctionner efficacement. Une seconde phase de l'action de l'Union européenne, qui peut être menée parallèlement aux initiatives visant au développement de bonnes pratiques, paraît alors inéluctable. Cette seconde phase devrait permettre l'édiction, dans un futur proche, d'un acte contraignant en la matière, dont il convient de définir la forme.

517. La forme possible de l'action. En matière de droit dérivé, l'Union européenne peut adopter cinq types d'actes⁷². Certains de ces actes, les avis et les recommandations ne sont pas contraignants⁷³, de sorte qu'ils ne permettraient aux pratiques commerciales déloyales d'être efficacement sanctionnées. Parmi les actes contraignants que peut édicter l'Union européenne, dans l'objectif de rapprocher les législations, sur le fondement de sa compétence partagée « marché intérieur », deux principaux actes peuvent être retenus, le règlement et la directive. La décision, en tant qu'acte à portée non générale⁷⁴, paraît en effet inadaptée à l'adoption d'une législation harmonisée en matière de pratiques commerciales déloyales entre

européen et au Comité des régions, Réexamen du « Small Business Act » pour l'Europe ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises ».

⁶⁷ V. pour des ex. précités : Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Exercice de surveillance du commerce et de la distribution « Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020 » ; Rapport du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable ; Projet de rapport du Parlement européen sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire ; Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire.

⁶⁸ Livre Vert précité sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe.

⁶⁹ V. sur ce point : M. Malaurie-Vignal : *Droit de la concurrence interne et européen*, 6^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2014, n°247.

⁷⁰ Ces actes sont d'ailleurs considérés comme ayant un effet juridique, sur ce point, v. : S. Gerry-Vernières : « *Les petites sources du droit. A propos des sources étatiques non contraignantes*, th. préf. N. Moflessis, Paris : Economica, coll. Recherches juridiques, 2012, spéc. n°166.

⁷¹ Pour reprendre l'expression utilisée pour définir ces actes par : P. Rambaud, J.- L. Clergerie, A. Gruber : *L'Union européenne*, précité, n°315.

⁷² Art. 288 TFUE : « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis ».

⁷³ Cf. art. 288, *in fine* TFUE : « Les recommandations et les avis ne lient pas ».

⁷⁴ V. sur ce point : P. Rambaud, J.- L. Clergerie, A. Gruber : *op. cit.*, n°310, où les auteurs insistent sur la nature d'acte individuel de la décision ; *Contra* : J.- P. Jacqué : *op. cit.*, n°919 où l'auteur considère que les décisions peuvent être des actes individuels, mais aussi des actes à portée générale, à la suite de la modification de l'article 288 du TFUE par le Traité de Lisbonne.

professionnels. « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre »⁷⁵. Cet acte a un effet direct, de sorte qu'il ne fait pas l'objet d'une mesure de transposition par les Etats membres⁷⁶. « La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »⁷⁷. Cet acte a la particularité d'être adressé aux Etats membres, qui devront la transposer dans leurs législations nationales⁷⁸. *A priori*, cet acte permet de laisser une plus grande marge de manœuvre aux Etats qui devront atteindre le résultat prévu par la directive, en restant libre des moyens pour y parvenir. Cet acte semble également être celui qui doit être préféré pour l'adoption de règles européennes contraignantes en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

518. La forme souhaitable de l'action : la directive. En confrontant la définition de la directive par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne avec les publications de la Commission et du Parlement européen en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, il est possible de s'apercevoir qu'il s'agit de la forme que devrait revêtir l'action de l'Union dans ce domaine. En effet, les derniers rapports laissent entrevoir une possibilité d'harmonisation des législations nationales existantes en la matière, sans nécessairement priver les Etats membres de leur marge de manœuvre. Ainsi, le Rapport de la Commission de janvier 2016⁷⁹ paraît davantage fixer un objectif à destination des Etats membres, celui d'une lutte contre les pratiques commerciales déloyales entre entreprises, *via* l'adoption d'une législation efficace ou une modification de la législation si celle-ci n'est pas suffisamment efficace, qu'édicter des règles à destination directe des entreprises de l'Union européenne. La directive constitue également la forme souhaitable de cette action de l'Union européenne. Il s'agit en effet du meilleur instrument en matière de rapprochement des législations qui ont pour objet l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur⁸⁰. Destinée aux états, la directive fixe un objectif, celui de l'adoption d'un certain nombre de règles, de manière identique dans l'ensemble de l'Union européenne. Pour autant, s'inscrivant

⁷⁵ Art. 288 al. 2 TFUE.

⁷⁶ V. : P. Rambaud, J.- L. Clergerie, A. Gruber : *op. cit.*, n°308 ; J.- P. Jacqué : *op. cit.*, n°912 ; C. Blumann, L. Dubouis : *op. cit.*, n°746 et s. ; J. Rideau : *op. cit.*, n°105.

⁷⁷ Art. 288 al. 3 TFUE.

⁷⁸ V. : P. Rambaud, J.- L. Clergerie, A. Gruber : *op. cit.*, n°309 ; J.- P. Jacqué : *op. cit.*, n°913 ; C. Blumann, L. Dubouis : *op. cit.*, n°753 et s. ; J. Rideau : *op. cit.*, n°107 ; D. Simon : *La directive européenne*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1997, p. 1 et s.

⁷⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 29 janv. 2016, COM (2016) 32 final, précité.

⁸⁰ La compétence partagée « marché intérieur » constitue en effet la base juridique de l'action de l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, cette compétence permettant à l'Union d'opérer un rapprochement des législations nationales, selon l'art. 114 TFUE.

dans le cadre d'une compétence partagée, cet instrument ne prive pas totalement les états de leur compétence, en vertu du principe de subsidiarité⁸¹. La fixation de l'objectif par l'Union européenne ne prive pas les Etats de leur liberté quant aux moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif. La directive permet ainsi le respect de ce principe. Cet instrument permet également d'inscrire l'action de l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels dans le principe de proportionnalité⁸², c'est-à-dire que l'action n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'établissement du marché intérieur du traité. Sur ce point, il est possible de considérer qu'il est nécessaire de lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans l'Union européenne, dans un objectif de bon fonctionnement du marché intérieur, ce qui doit conduire à rapprocher les législations nationales dans ce domaine, sans pour autant aboutir à une législation unique. Le législateur européen a d'ailleurs déjà adopté des directives qui prohibent certaines pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

519. L'existence de directives en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Il existe deux directives qui peuvent être analysées comme tendant à la sanction de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. D'une part, il y a la directive relative à la publicité trompeuse et comparative⁸³. Cette directive a pour objet de « protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales, et d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est licite »⁸⁴. Les dispositions de la directive tendent ainsi à interdire des publicités qui pourraient s'analyser comme des pratiques commerciales déloyales entre professionnels⁸⁵. D'autre part, il y a la directive relative aux délais de paiement dans les transactions commerciales⁸⁶. Les transactions commerciales

⁸¹ Art. 5, §3 TUE.

⁸² Art. 5, §4 TUE.

⁸³ Directive 2006/114/UE du 12 déc. 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative. L'un des objectifs de cette directive, selon le considérant n°5, est de limiter les disparités des législations nationales qui entravent le bon fonctionnement du marché intérieur, mais aussi, selon le considérant n°6, d'harmoniser les règles relatives à la publicité comparative, ce qui, selon le considérant n°20, est « nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur ». Le fondement de la directive est ainsi la compétence partagée « marché intérieur ».

⁸⁴ Art. 1^{er} de la directive 2006/114/UE.

⁸⁵ Art. 3 de la directive 2006/114/UE, en ce que ce texte rend obligatoires un certain nombre d'indications dans toute publicité, art. 4, en ce que le texte pose des conditions dans lesquelles la publicité comparative sera licite, même s'il convient de relever que seule la publicité trompeuse pourra impliquer des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, puisque les conditions auxquelles la publicité comparative est licite laissent supposer que cette forme de publicité sera illicite si elle s'analyse comme un acte de concurrence déloyale (l'art. énumère ainsi par ex. des actes de concurrence déloyale comme le dénigrement (art 4, d)) et le parasitisme (art 4, f).

⁸⁶ Directive 2011/7/UE du 16 fév. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, refondant la directive 2000/35/CE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. L'un des objectifs de cette directive, selon le considérant n°36, est la lutte contre les retards de paiement dans le marché intérieur, objectif qui, « ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les

qui sont l'objet de cette directive s'entendent comme « toute transaction entre des entreprises ou entre des entreprises et les pouvoirs publics, conduisant à la fourniture de marchandises ou à la prestation de services contre rémunération »⁸⁷. Les dispositions de la directive ont vocation à s'appliquer dans les transactions entre professionnels. Parmi ces dispositions, un article prévoit que les clauses contractuelles et les pratiques qui constituent un abus manifeste à l'égard du créancier soient non applicables ou donnent lieu à une action en réparation du dommage causé⁸⁸. Ce texte prévoit ainsi déjà la sanction d'une pratique qui peut être vue comme un exemple de pratique commerciale déloyale entre professionnels⁸⁹. L'existence de ces dispositions montre que l'action de l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales est déjà amorcée, et qu'elle prend la forme de deux directives. Il s'ensuit que la directive apparaît comme le meilleur instrument d'une meilleure intégration législative des clauses actuellement qualifiées en droit français de pratiques restrictives de concurrence, en les appréhendant comme des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Pour autant, il convient de préciser l'étendue de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

B. L'étendue de la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

520. Domaine et objet. La question de l'étendue de la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels implique de s'interroger d'abord sur le domaine d'une telle directive (1), mais aussi sur l'objet de celle-ci (2).

1. Le domaine de la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

521. Une directive spécifique aux relations entre professionnels. Lorsqu'il s'agit d'évoquer les pratiques commerciales déloyales, il est difficile de ne pas avoir à l'esprit la

états membres, et qui « peut donc être mieux réalisé au niveau de l'Union ». Le fondement de la directive est ainsi la compétence partagée « marché intérieur », et l'art. premier précise sur ce point que « le but de la présente directive est la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, en améliorant ainsi la compétitivité des entreprises et en particulier des PME ».

⁸⁷ Art. 2, 1) de la directive 2011/7/UE.

⁸⁸ Art. 7 de la directive 2011/7/UE.

⁸⁹ V. en ce sens : D. Voinot : « La lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales : une harmonisation du droit des pratiques commerciales déloyales dans les relations entre professionnels ? », in Colloque : *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, évolution et perspectives*, Lille, dir. E. Terryn et D. Voinot, 2011, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 136-143.

prohibition de ces pratiques dans les relations entre professionnels et consommateurs⁹⁰, d'autant que cette prohibition résulte d'une directive européenne. Il pourrait, dès lors, être séduisant de considérer que cette directive existante puisse simplement être étendue dans les relations entre professionnels, puisque cela consisterait à n'avoir qu'un texte, qui s'applique tant entre professionnels qu'entre professionnels et consommateurs⁹¹. Les arguments en ce sens conduisent en particulier à considérer qu'il est « artificiel »⁹² de maintenir une distinction entre les pratiques mises en œuvre au détriment du consommateur et celles qui sont mises en œuvre au détriment des professionnels. De plus, ils font valoir qu'un ensemble unique de règles relatives à ces pratiques éliminerait les obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur que représentent les différences actuelles⁹³, puisque l'ensemble des règles applicables en matière de pratiques commerciales déloyales ne ressortirait que d'un seul texte, unique dans toute l'Union européenne. Il faut néanmoins garder à l'esprit les spécificités des deux types de pratiques, d'autant que la Commission considère que « les pratiques commerciales déloyales entre professionnels sont, pour la plupart, différentes de celles visées dans les directives relatives aux pratiques commerciales déloyales et aux clauses abusives »⁹⁴. Les pratiques visées par la Commission européenne dans les relations entre professionnels ne peuvent être considérées comme faisant partie de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations entre professionnels et consommateurs⁹⁵. Cette différence n'apparaît pas nécessairement de prime abord, en raison de la commune dénomination. Elle est pourtant profonde, et résulte de la possibilité de caractériser des pratiques commerciales déloyales à l'occasion d'un contrat entre professionnels, alors qu'entre professionnels et consommateurs ces pratiques ne sont, pour une large part, prohibées qu'au stade précontractuel⁹⁶. En effet, les

⁹⁰ Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

⁹¹ V. en ce sens : B. Keirsbilck : « Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales déloyales « B2C » et « B2B » », in *Colloque : Droit européen des pratiques commerciales déloyales, évolution et perspectives*, Lille, 2011, dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 156-175, spéc. n°17 et s., à la nuance près que l'auteur se prononce pour un règlement unique, et non pour une directive, même si cette option est envisagée (n°15-16).

⁹² *Idem*, n°6 et 8.

⁹³ *Idem*, n°22.

⁹⁴ Cf. Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, p. 3.

⁹⁵ *Idem*, p. 5, où la Commission vise quatre grands types de pratiques commerciales déloyales : faire supporter indûment ou de manière déloyale ses propres coûts ou risques commerciaux par l'autre partie ; demander des avantages sans fournir de service en contrepartie ; modifier unilatéralement ou rétroactivement les clauses d'un contrat si celui-ci ne l'autorise pas expressément dans des conditions équitables ; mettre fin abusivement à une relation contractuelle, ou menacer de le faire. Sans lister les pratiques qui sont visées à l'Annexe de la Directive 2005/29/CE, comme réputées déloyales en toutes circonstances, il n'est pas possible de déceler, dans ces pratiques, celles qui sont mises en évidence dans les relations entre professionnels par la Commission.

⁹⁶ Cette affirmation, tirée de la définition des pratiques commerciales déloyales issue de la directive, doit être nuancée par l'art. 3, §1, qui précise que « la présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs [...] avant, pendant et après une transaction commerciale » ; Il est en

pratiques commerciales déloyales mises en œuvre par des professionnels au détriment des consommateurs le sont pour « influencer les décisions commerciales des consommateurs à l'égard de produits »⁹⁷. La directive se place ainsi notamment au moment où le consommateur n'est pas lié par un contrat, et stigmatise des pratiques qui pourraient le convaincre de contracter, en altérant sa liberté de choix⁹⁸. Entre professionnels, il ressort de l'ensemble des publications traitant de la question des pratiques commerciales déloyales qu'il s'agit en particulier de sanctionner les pratiques qui sont mises en œuvre alors qu'un contrat a été conclu entre lesdits professionnels⁹⁹. Nombre d'entre elles se matérialisent d'ailleurs par des clauses contractuelles¹⁰⁰, ce qui semble impossible entre professionnels et consommateurs¹⁰¹, alors qu'une pratique commerciale déloyale entre professionnels consisterait à mettre fin abusivement au contrat, ou à menacer de le faire¹⁰², ce qui, au niveau européen, entre consommateurs, ne semble pas prévu. Il est, dès lors, possible de considérer que les pratiques commerciales déloyales entre professionnels sont majoritairement mises en œuvre une fois le contrat conclu, alors qu'elles sont, le plus souvent, mises en œuvre dans la phase précontractuelle entre professionnels et consommateurs. Une directive commune à toutes ces pratiques commerciales déloyales doit ainsi passer par ôter la limitation qui existe entre professionnels et consommateurs, afin que des pratiques commerciales déloyales puissent être prohibées une fois le contrat conclu, en particulier lorsqu'elles prennent la forme de clauses. Il

effet possible de considérer que des pratiques commerciales déloyales apparaissent au cours de la relation contractuelle entre le professionnel et le consommateur, et qu'elles aient pour conséquence une altération du comportement du consommateur qui serait amené à rompre un contrat ou au contraire, à ne pas y mettre fin, en particulier pour les contrats à exécution successive comme les abonnements à des services de communications par téléphonie mobile ou par internet, ou encore des contrats de prestation de services renouvelables par période annuelle, pour lesquels le moment du renouvellement peut être propice à la mise en œuvre de pratiques commerciales déloyales.

⁹⁷ Considérant n°7 de la directive 2005/29/CE, précitée.

⁹⁸ Cf. considérants n°14 et 16 de la directive 2005/29/CE.

⁹⁹ Le Livre vert du 31 janv. 2013, précité, mentionne ainsi les clauses contractuelles ambiguës, le transfert abusif du risque commercial, alors que le rapport du 29 janv. 2016, précité, mentionne les avantages obtenus sans contrepartie, et le transfert abusif du risque commercial, ou le fait de faire supporter ses coûts ou risques commerciaux par l'autre partie. L'ensemble de ces pratiques peuvent se matérialiser par des clauses des contrats.

¹⁰⁰ Dans les publications qui développent des exemples de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, il est possible de s'apercevoir que la majorité d'entre elles s'analysent en des clauses contractuelles ou en des modifications contractuelles unilatérales. Ainsi, le Livre vert du 31 janv. 2013 précité mentionne les clauses contractuelles ambiguës (p. 20), les changements rétroactifs dans le contrat (p. 21), le transfert abusif du risque commercial (p. 21) ; Le rapport du 29 janv. 2016 précité (p. 5), fait entrer dans cette catégorie trois des quatre pratiques qu'il vise : faire supporter indûment ou de manière déloyale ses propres coûts ou risques commerciaux par l'autre partie, demander des avantages sans fournir de service en contrepartie, modifier unilatéralement ou rétroactivement les clauses d'un contrat si celui-ci ne l'autorise pas expressément dans des conditions équitables.

¹⁰¹ Cela s'explique puisqu'entre professionnels et consommateurs, il existe une législation, basée sur la directive 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, qui permet au consommateur de critiquer des clauses contractuelles, un fois qu'il a contracté avec le professionnel, si celles-ci créent, à son détriment, un déséquilibre significatif.

¹⁰² Cette pratique est visée par et par le Rapport du 29 janv. 2016, précité, mais également par le Livre vert du 31 janv. 2013, précité (p. 22).

s'agirait alors de voir les clauses abusives comme des exemples de pratiques commerciales déloyales. Entre professionnels, comme entre professionnels et consommateurs, il serait alors possible de qualifier de pratique commerciale déloyale, des clauses contractuelles. A partir de cette modification, les pratiques commerciales déloyales entre professionnels pourront être considérées comme recouvrant une réalité similaire à celles qui existent entre professionnels et consommateurs. Il convient de mesurer l'ampleur de la modification qui est nécessairement impliquée par une directive commune, qui, outre les règles relatives aux relations entre professionnels, suppose une modification de plusieurs pans du droit de la consommation. Ajoutée au fait que les pratiques qui sont visées entre professionnels sont différentes de celles qui sont visées entre professionnels et consommateurs, il convient, pour respecter les spécificités de chacune des relations, de prévoir une directive différente, et spécifique aux relations entre professionnels. Aussi, il n'est pas certain que soit indispensable, entre professionnels, un texte d'harmonisation maximale, à l'image de celui qui existe entre professionnels et consommateurs¹⁰³, même si la directive devrait nécessairement concerner l'ensemble des relations entre professionnels.

522. Une directive concernant l'ensemble des relations entre professionnels. Alors que les publications les plus anciennes concernant les pratiques commerciales déloyales entre professionnels semblaient concerner l'ensemble des relations entre professionnels¹⁰⁴, est apparue, plus récemment, une limitation aux seules relations de la chaîne de distribution alimentaire interentreprises¹⁰⁵. Cette limitation peut se concevoir, tant le secteur de la distribution alimentaire paraît être le premier secteur qui vient à l'esprit lorsqu'il s'agit d'évoquer les pratiques commerciales déloyales. Pour autant, les pratiques commerciales

¹⁰³ Sur ce point, Cf. *Infra*, n°523.

¹⁰⁴ V. : Communication de la commission : « Think small first » : Priorité aux PME, Un « Small Business Act » pour l'Europe, 25 juin 2008, précitée, qui mentionne la nécessité pour les PME de se défendre contre les pratiques commerciales déloyales (VII) ; Communication de la Commission : Réexamen du « Small Business Act » pour l'Europe, 23 février 2011, précitée ; Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « ensemble pour une nouvelle croissance », 13 avr. 2011, précité ; Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janvier 2013, précité.

¹⁰⁵ Communication : Une chaîne d'approvisionnement plus performante en Europe, 28 oct. 2009, précité ; Rapport de la Commission au Parlement européen : Exercice de surveillance du commerce et de la distribution « Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020 », 5 juil. 2010, précité ; Rapport du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable, 5 juil. 2011, précité ; Communication de la Commission : « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises », 15 juillet 2014, précité ; Projet de rapport du Parlement européen sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 6 juil. 2015, précité ; Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 29 janv. 2016, précité.

déloyales peuvent également exister dans la chaîne d'approvisionnement non-alimentaire¹⁰⁶, qui consiste à distribuer des biens essentiellement destinés aux consommateurs¹⁰⁷, mais aussi, plus généralement, dans l'ensemble des relations contractuelles entre entreprises. Dans l'optique de l'adoption d'une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, une limitation à la seule chaîne d'approvisionnement alimentaire paraît peu envisageable. En effet, il est difficile de concevoir un texte qui s'appliquerait aux produits alimentaires, en excluant des produits non-alimentaires qui peuvent parfois être vendus par les mêmes professionnels. De même, il est difficilement envisageable que la réglementation ne soit que sectorielle, alors même que des pratiques commerciales déloyales peuvent être mises en œuvre à la fois par exemple au détriment d'agriculteurs, ou d'industriels de l'agroalimentaire, mais aussi au détriment de producteurs de biens non alimentaires comme de l'électroménager ou des véhicules, ou même au détriment des distributeurs de pièces détachées de ces biens. La rupture d'égalité entre ces professionnels qui peuvent être victimes des mêmes pratiques commerciales déloyales se conçoit difficilement. Dès lors, il convient, dans une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, de ne pas opérer de distinction qui poserait d'inévitables difficultés d'application quant aux biens concernés, de même qu'il convient de ne pas exclure les services rendus entre professionnels. Finalement, de la même manière que la directive entre professionnels et consommateurs n'est pas limitée à un secteur particulier, la directive relative aux relations entre professionnels ne devrait pas davantage être limitée. Il s'agit de prohiber les pratiques déloyales dans l'ensemble des relations entre professionnels, à l'aide d'une directive qui harmoniserait les législations nationales en laissant aux Etats membres une marge de manœuvre.

523. Une directive d'harmonisation minimale. Les directives européennes peuvent avoir des « intensités normatives »¹⁰⁸ diverses. Il existe en effet plusieurs types de directives, dont certaines sont d'harmonisation maximale, c'est-à-dire que la marge de manœuvre laissée aux Etats membres est limitée, et d'autres sont d'harmonisation minimale, c'est-à-dire que les Etats membres conservent une marge de manœuvre, à condition de transposer les règles minimales qui sont l'objet de la directive. Le recours à la méthode de l'harmonisation maximale, ou totale, a eu lieu s'agissant des directives les plus récentes en matière de relations

¹⁰⁶ Cf. : Livre Vert du 31 janv. 2013, précité, p. 4.

¹⁰⁷ Sur ce point, v. : M. Béhar-Touchais : « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », JCP, G, 2015, 603, où l'auteur montre, au niveau interne, que les applications du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ne sont pas identiques selon qu'il s'agisse du domaine de la grande distribution ou d'autres domaines, le texte étant, « sans grande portée hors de la grande distribution ».

¹⁰⁸ D. Simon : *La directive européenne*, précité, p. 18.

entre professionnels et consommateurs¹⁰⁹. Cette méthode d'harmonisation a pu susciter des critiques de la doctrine française, qui, pour se limiter aux exemples du domaine de la consommation, la considère comme « illégitime »¹¹⁰ et « nocive »¹¹¹, « ambiguë »¹¹² et « soulevant des difficultés »¹¹³. L'harmonisation maximale suppose « l'impossibilité pour les Etats d'adopter ou de maintenir, dans le domaine de la directive, des dispositions différentes de celles de la directive »¹¹⁴. Cela peut aboutir, dans certains Etats membres à l'abrogation de règles qui se voulaient plus protectrices du consommateur, mais qui entrent dans le domaine d'une directive d'harmonisation maximale. Il en est allé ainsi, par exemple, des règles qui existaient dans certains états membres visant à prohiber, de manière générale, certaines pratiques, comme les offres conjointes faites aux consommateurs¹¹⁵, les jeux-concours avec obligation d'achat¹¹⁶, ou les annonces de réduction de prix suggérant cette réduction préalablement à une période de soldes¹¹⁷. Il a été considéré dans les différentes décisions de la Cour de Justice, que ces pratiques s'analysent comme des pratiques commerciales, et qu'à ce titre, elles ne peuvent être prohibées que si elles revêtent un caractère déloyal, au sens de la directive 2005/29/CE. Le principal effet de l'harmonisation maximale est ainsi de dépasser le seul rapprochement des législations, et d'aller jusqu'à priver les Etats de maintenir ou de créer des dispositions qui ne seraient pas conformes aux dispositions de la directive. L'objectif d'une protection uniforme du consommateur dans toute l'Union européenne fonde sans doute le recours à l'harmonisation maximale dans ce domaine. Pour autant, l'harmonisation maximale n'existe pas nécessairement dans tous les domaines dans lesquels l'Union européenne a édicté

¹⁰⁹ V. par ex. : directive 2005/29/CE, précitée, spéc. considérant n°15, et art. 4 ; sur ce point, *Adde* : CJUE, 23 avr. 2009, aff. jointes C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB c. Total Belgium et Galatea c. Sanoma, spéc. n°68 : « La directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause (...) qui, sans tenir compte des circonstances spécifique du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur » ; directive 2011/83/UE du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, spéc. art. 4 : « Les Etats membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire dans leur droit national des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la directive en dispose autrement ».

¹¹⁰ J. Huet : « Le scandale de l'harmonisation totale », RDC, n°3-2011, p. 1070, spéc. n°8 et s.

¹¹¹ *Idem*, n°10 et s.

¹¹² J. Rochfeld : « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaires et interne », D. 2009, p. 2047.

¹¹³ *Idem*, n°3.

¹¹⁴ Cf. art. 4 de la directive 2011/83/UE ; v. aussi, sur cette définition : A. Thieriet-Duquesne : « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale. Les limites de l'harmonisation totale », P. Aff., 27 avr. 2009, n°83, p.9.

¹¹⁵ CJUE, 23 avr. 2009, aff. jointes C-261/07 et C-299/07, précité ; Pour les notes relatives à cet arrêt, cf. *Supra*, n°116.

¹¹⁶ CJUE, 14 janv. 2010, aff. C-304/08, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Plus Warenhandels-gesellschaft mbH ; CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG c. «Österreich»-Zeitungsverlag GmbH ; Pour des notes relatives à cet arret, Cf. *Supra*, n°116.

¹¹⁷ CJUE, 30 juin 2011, aff. C-288/10, Wamo BVBA c. JBC NV.

des directives. Ainsi, par exemple, s'agissant des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, les directives actuelles ne sont que d'harmonisation minimale¹¹⁸. Cette méthode d'harmonisation semble devoir être privilégiée dans le cadre d'une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. En effet, les publications qui sont intervenues dans ce domaine peuvent être analysées comme tendant vers une harmonisation minimale, qui permettrait aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des dispositions plus strictes que celles de la directive¹¹⁹. Au contraire, il s'agirait davantage de prévoir des dispositions minimales dans les législations des états membres, d'autant que certains Etats n'ont pas adopté de législation dans ce domaine. Ces dispositions minimales comprendraient une interdiction générale des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, mais aussi une liste non-exhaustive de pratiques réputées déloyales en toutes circonstances¹²⁰. Il appartiendrait aux Etats membres de transposer la directive, de compléter le cas échéant la liste de pratiques prohibées, mais aussi de prévoir des sanctions. Ainsi, la directive relative aux pratiques commerciales déloyales pourrait être une directive d'harmonisation minimale, concernant l'ensemble des relations contractuelles entre professionnels, dont il convient de préciser l'objet.

2. L'objet de la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

524. Prohibition des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. L'objet d'une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels serait la prohibition de ce type de pratiques. Même si la directive apparaît nécessairement spécifique aux relations entre professionnels, et moins détaillée que la directive qui prohibe les pratiques commerciales déloyales dans les relations précontractuelles entre professionnels et consommateurs¹²¹, il faut relever un certain nombre de similitudes. Ainsi, avant de poser une règle d'interdiction des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, il conviendra

¹¹⁸ Cf. Directive 2006/114/UE, précitée, même si les dispositions relatives à la publicité comparative sont d'harmonisation maximale, spéc. art. 8 : « La présente directive ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption, par les Etats membres de dispositions visant à assurer, en matière de publicité trompeuse, une protection plus étendue des professionnels et des concurrents [al. 2] le premier alinéa n'est pas applicable à la publicité comparative pour autant que la comparaison est concernée » ; Directive 2011/7/UE, précitée, spéc. art. 12 §3 : « Les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des dispositions plus favorables au créancier que celles nécessaires pour se conformer à la présente directive ».

¹¹⁹ V. en particulier : Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, qui contient des recommandations pour tendre vers une législation minimale en matière de pratiques commerciales déloyales dans les Etats membres, mais qui ne se prononce pas pour une législation identique dans tous les états.

¹²⁰ *Idem*, spéc. p. 5.

¹²¹ Directive 2005/29/CE, précitée.

pour la directive de préciser un certain nombre de définitions (a). A la suite de l'interdiction, il sera possible, pour le législateur européen, de prévoir une liste de pratiques qui seront réputées déloyales en toutes circonstances, dans le but de lutter plus précisément contre certaines pratiques, notamment en allégeant la charge de la preuve qui pèse sur la victime (b). De même, la directive devra prévoir un cadre concernant les sanctions, mais aussi le moyen de les rendre efficaces (c).

a. Les définitions.

525. Définitions. Il est courant que les directives européennes s'attardent sur les définitions des notions qu'elles emploient¹²². Une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels devra donc, avant même de s'attarder sur le caractère déloyal ou non d'une pratique commerciale mise en œuvre par un professionnel au détriment d'un autre professionnel, définir deux notions principales, celle de professionnel, et celle de pratique commerciale.

526. La définition de la notion de professionnel. En premier lieu, il s'agira d'opter pour la notion de professionnel, par préférence par exemple à la notion voisine d'entreprise. En effet, les publications de l'Union européenne dans le domaine des pratiques commerciales déloyales optent actuellement davantage pour le terme « entreprise »¹²³. La notion d'entreprise a pu être définie dans certains textes de droit dérivé de l'Union européenne, comme « toute organisation, autre que les pouvoirs publics, agissant dans l'exercice d'une activité économique ou professionnelle indépendante, même lorsque cette activité n'est exercée que par une seule personne »¹²⁴. La Cour de justice insiste également sur le fait qu'il s'agisse d'une « entité exerçant une activité économique, indépendamment de sa forme juridique »¹²⁵. Il s'agit par ailleurs de la notion qui est incluse dans les textes de droit de la concurrence du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹²⁶. Aussi, la notion a pu servir à décrire le champ

¹²² V. pour des ex., parmi les directives précitées : Directive 93/13/CEE, art. 2 ; Directive 2005/29/CE, art. 2 ; Directive 2006/144/CE, art. 2 ; Directive 2011/7/UE, art. 2 ; 2011/83/UE, art. 2.

¹²³ V. parmi ces publications : Livre vert du 31 janv. 2013, précité, intitulé : « sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe » ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, intitulé : « sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire » ; *Adde* : Directive 2005/29/CE, précitée, intitulé : « pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs ».

¹²⁴ Sur cette définition, v. : Directive 2011/7/UE, précitée, art. 2. 3 ;

¹²⁵ Cf. : CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner, spéc. n°21.

¹²⁶ Cf. art. 101 TFUE : « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises (...) » ; art. 102 : « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait, pour une ou plusieurs entreprises, d'exploiter de façon abusive une position dominante (...) ».

d'application de l'actuel droit interne des pratiques restrictives de concurrence¹²⁷. La notion d'entreprise pourrait, dès lors, être retenue dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, qu'il faudrait alors dénommer « pratiques commerciales déloyales entre entreprises ». Il est difficile de ne pas relever la proximité entre la notion d'entreprise et celle de professionnel, en tant que personne agissant de le cadre de son activité. Pour autant, la notion d'entreprise diffère de celle de professionnel en ce qu'elle ne vise pas une personne en particulier, mais une organisation ou une entité. Le champ d'application des actuelles pratiques restrictives de concurrence semble en effet viser davantage l'activité d'une personne que celle d'une entité, en ce qu'il vise « tout producteur, commerçant, industriel, ou personne immatriculée au répertoire des métiers ». Le critère pourrait alors davantage être celui de la qualité de professionnel¹²⁸ d'une personne que celui de l'activité économique d'une entité. La notion d'entreprise, qui a pu être utilisée en jurisprudence, peut alors s'analyser comme un critère permettant l'application des pratiques restrictives de concurrence dans un cas spécifique, celui de la disparition de la personne qui a mis en place des pratiques, mais ne permettant pas de décrire, plus généralement, le champ d'application de la matière¹²⁹. De plus, la notion d'entreprise demeure marquée par son emploi en droit des pratiques anticoncurrentielles. La notion de professionnel, plus souvent réservée aux relations avec les consommateurs, permet alors de marquer une différence entre les pratiques commerciales déloyales et les pratiques anticoncurrentielles. Cela conduit à préférer, entre ces deux notions voisines, l'emploi de celle de professionnel, sur laquelle il convient de s'attarder.

La notion de professionnel ne pose guère de difficulté au niveau de l'Union européenne. En effet, elle fait l'objet d'une définition précise dans de nombreux actes consacrés aux relations entre professionnels et consommateurs. Le professionnel est défini, dans les directives de ce domaine comme « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale

¹²⁷ Cass. com., 21 janv. 2014, n°12-29.166, Bull. civ., IV, n°11 ; RDC, 2014, n°3, p. 415, note M. Béhar-Touchais ; Sur ce point, Cf. *Supra*, n°224 ; cet arrêt opte pour la notion d'entreprise qui permet, au contraire de celle de professionnel, de ne pas viser une personne en particulier, ce qui, dans le cas d'espèce, après une fusion, n'aurait pas permis la sanction de la pratique en raison de la disparition de la personne morale qui s'était livrée à ladite pratique.

¹²⁸ CEPC, avis n°12-07 du 16 mai 2012 relatif à une demande d'avis d'une fédération professionnelle appartenant au secteur du matériel électrique, où la Commission considère que le champ d'application des pratiques restrictives de concurrence se détermine en fonction de la qualité des parties en présence, et plus particulièrement si l'une d'elles peut être qualifiée de « producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers », et que son contractant peut être « qualifié de partenaire commercial ».

¹²⁹ Cf. Cass. com., 21 janv. 2014, précité, où la Cour se prononce s'agissant d'un auteur de pratiques restrictives de concurrence qui a, au cours d'une fusion, disparu, et considère que la société absorbante doit répondre desdites pratiques.

ou libérale »¹³⁰. Pour autant, il convient de ne pas considérer *in limine* que cette définition doive être reprise à l'identique dans une directive consacrée aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Il pourrait sembler pertinent, dans le cadre de la recherche d'une définition de la notion de professionnel, de s'intéresser à la définition construite par la doctrine et la jurisprudence française. Il ressort de cette définition deux critères essentiels qui permettent de distinguer entre un professionnel et un non-professionnel, un critère d'habitude, et un critère finaliste, celui selon lequel le professionnel exerce une activité dans le but d'en tirer un revenu¹³¹. La jurisprudence a pu montrer qu'elle définit le professionnel de manière similaire, comme celui qui se « livre, de façon habituelle, à [une activité] dont il tire profit »¹³². Le critère d'habitude semble indéniablement lié à la notion de professionnel¹³³, de sorte qu'il est possible de le considérer comme inclus dans la notion de professionnel qui doit être perçue comme excluant les personnes qui n'exercent une activité qu'à titre occasionnel. Le critère finaliste se conçoit quant à lui comme un critère qui permet d'exclure un certain nombre d'activités qui pourraient s'analyser comme des activités professionnelles, mais qui se trouvent être dépourvues de la volonté d'en tirer en revenu¹³⁴. Il s'agit en particulier des activités des associations à but non-lucratif, mais aussi des « activités politiques, syndicales »¹³⁵, ainsi que

¹³⁰ Sur cette définition, V. par ex. : Directive 93/13/CEE, précitée, art. 2, c) : « Toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée » ; Directive 2005/29/CE, précitée, art. 2, b) : « Toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » ; Directive 2011/83/UE, précitée, art. 2, 2) : « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit (...) aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, en ce qui concerne les contrats relevant de la présente directive » ; Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, art. 4, b) : « Toute personne physique ou toute personne morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

¹³¹ V., parmi les auteurs qui ont défini les contours de la notion de professionnel : A. Cathiard : *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, th., préf. X. Lagarde, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2006, spéc. n°5 : où l'auteur définit le professionnel comme « la personne physique ou morale qui a en charge l'exercice d'une activité économique, à titre autonome et habituel. La qualification de professionnel emporte ainsi deux éléments indispensables, un ensemble de moyens de production et une organisation durable dédiée à l'exercice d'une activité économique. L'activité du professionnel est exercée en vue d'une rémunération » ; D. Bert : *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, th., préf. X. Boucobza, Paris : Fondation Varenne, LGDJ, coll. des thèses, vol. n°55, 2011, n°214, où l'auteur définit l'activité professionnelle comme « l'exercice habituel d'une activité organisée, accomplie pour autrui, à titre indépendant, dans la finalité d'en tirer un revenu ».

¹³² Cass., 2^{ème} civ., 30 sept. 2008, n°07-16.876, Bull. civ., I, n°216 : « qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ces constatations qu'en se livrant de façon habituelle à des opérations d'achat et de vente de véhicule d'occasion dont il tirait profit, M. X... avait acquis la qualité de vendeur professionnel » ; CCC, 2009, comm. 4, note sous arr. L. Leveueur ; RTD Com., 2009, p. 201, note B. Bouloc ; RDC, n°1-2009, p. 111, note A. Bénabent.

¹³³ V. : D. Bert : *op. cit.*, n°215.

¹³⁴ *Idem*, n°234.

¹³⁵ *Idem*, n°235.

celles liées au « ministère du culte »¹³⁶. En ce sens, ce critère qui prend tout son sens lorsque la définition ne comprend pas les activités visées, paraît peu utile au niveau européen, dans la mesure où les définitions issues des directives précisent les activités qui doivent être regardées comme professionnelles. Il s'agit des activités commerciales, industrielles, artisanales ou libérales¹³⁷. Les activités qui sont exclues par le critère finaliste de la procuration d'un revenu ne font assurément pas partie des activités visées par les directives.

La confrontation entre la notion interne de professionnel et la notion telle que définie par les directives fait ressortir une certaine proximité, de sorte qu'il ne soit pas indispensable d'apporter des précisions, au niveau européen à la définition de professionnel. Cependant, la définition contient une liste d'activités qui doivent être regardées comme professionnelles. Comme face à toute liste, il convient de se demander si elle est limitative, car un certain nombre d'activités qui peuvent apparaître comme professionnelles n'y figurent pas, comme par exemple les activités agricoles, et certaines activités assurées par la puissance publique comme les activités de service public administratif. A cet égard, la Cour de Justice, estimant que « le législateur de l'Union a consacré une vision particulièrement large de la notion de professionnel », a pu considérer que relevait du domaine de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels et consommateurs, en tant que professionnel, une Caisse d'assurance maladie, malgré son statut de droit public et sa mission d'intérêt général¹³⁸. Cette jurisprudence permet de répondre à la question de savoir si la liste est limitative par la négative, et de préciser que le professionnel est, au sens de la directive 2005/29/CE, « toute personne physique ou morale, dès lors qu'elle exerce une activité rémunérée »¹³⁹. Il ne fait guère de doute que les agriculteurs, comme les activités publiques¹⁴⁰, pour ne prendre que ces

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ L'ensemble des directives précitées précisent les activités qui doivent être regardées comme professionnelles, à l'exception toutefois de la directive 93/13/CEE relative aux clauses abusives.

¹³⁸ CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-59/12, BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV ; Revue Europe, 2013, comm. 540 : « Pratiques commerciales déloyales », note M. Meister ; Comp. CJCE, 11 juil. 2006, aff. C-205/03, FENIN c. Commission, spéc. n°25 et s. qui a considéré, eu égard aux dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles, que les entités qui assurent la gestion d'un système national de santé n'exercent pas une activité économique, qui consiste à offrir des biens ou services sur un marché donné, et ne peut donc être vue comme une entreprise au sens de ce droit.

¹³⁹ Cf. n°32 de l'arrêt du 3 oct. 2013.

¹⁴⁰ Sur l'application de l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence à des collectivités publiques, v. : CEPC, avis n°12-07, précité, où la Commission considère qu'une collectivité publique peut relever du champ d'application de l'art. L. 442-6 du Code de commerce si elle peut être qualifiée de « producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers », et que son contractant peut être « qualifié de partenaire commercial » ; Il semble alors qu'il soit nécessaire de distinguer entre ces pratiques restrictives de concurrence et les règles relatives aux délais de paiement, qui s'appliquent, selon l'art. 4 de la directive 2011/7/UE du 16 fév. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, aux transactions entre entreprises et pouvoirs publics, ce dernier étant défini (art 2 de la directive) comme un « pouvoir adjudicateur », qui désigne, notamment, selon la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau,

exemples, peuvent, en application de cette décision, être qualifiés de professionnels. La précision relative aux agriculteurs peut néanmoins être utile dans le cadre d'une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, étant donné que les agriculteurs peuvent être victimes de telles pratiques¹⁴¹.

La définition du terme professionnel aura un effet sur le champ d'application de la directive. Dans l'objectif que celui-ci soit relativement large, afin d'organiser une lutte efficace contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels¹⁴², il convient ainsi de reprendre la définition qui a pu être élaborée par le législateur européen, dans les directives relatives à la protection du consommateur. Au sens de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, le professionnel sera ainsi entendu aussi largement qu'en droit de la consommation, comme toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. La vision particulièrement large de la notion permettra d'y inclure certaines activités de service public, tout comme cela est acquis en matière de protection du consommateur. Demeure la définition de la notion de pratique commerciale.

527. La définition de la notion de pratique commerciale. Alors que la notion de professionnel est définie dans les directives qui sont relatives à la protection des consommateurs, et en particulier la directive relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs¹⁴³, il convient de se demander si la définition des pratiques commerciales que contient cette directive peut être transposée aux relations entre professionnels. Dans ce texte, la pratique commerciale désigne « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité ou le marketing de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un

de l'énergie, des transports et des services postaux (art. 2), « l'état, les collectivités territoriales, les organismes de droit public », et qui se distingue d'une « entreprise publique », qui se définit comme une « entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». S'agissant d'une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, il semble possible que son champ d'application puisse s'étendre à des entreprises publiques, mais il semble plus douteux que la qualification de professionnel puisse être attribuée à des pouvoirs adjudicateurs.

¹⁴¹ Sur ce point, v. : Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, spéc. p. 9, où la Commission relève que les représentants des agriculteurs ne font pas partie de l'initiative volontaire « Supply Chain Initiative », alors même qu'ils constituent un maillon de la chaîne de distribution alimentaire ; La précision a par ailleurs été ajoutée dans l'art. liminaire C. conso. à la suite des activités précitées, par l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 (Comp. anc. art. préliminaire C. conso.).

¹⁴² Le caractère efficace de la lutte contre ces pratiques se trouve au cœur du Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité.

¹⁴³ Directive 2005/29/CE, précitée.

produit au consommateur »¹⁴⁴. Cette définition permet d'opérer une distinction entre les pratiques commerciales, qui sont permises, et les pratiques commerciales déloyales, qui sont interdites par la directive entre professionnels et consommateurs, s'il s'agit de pratiques commerciales qui sont « contraires aux exigences de la diligence professionnelle et si elles sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur »¹⁴⁵. Il est d'ores et déjà possible de reprendre cette méthodologie de définition qui consiste à décrire la pratique commerciale, et non pas seulement celles de ces pratiques qui seront déloyales. Pourtant, ce ne semble pas la voie qui a été choisie dans les différentes publications des institutions européennes en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. En effet, certaines d'entre elles prennent soin de les définir, mais elles se limitent à la définition d'une pratique commerciale déloyale. Cette définition les considère comme des « pratiques qui s'écartent manifestement de la bonne conduite commerciale et sont contraires aux principes de bonne foi et de loyauté »¹⁴⁶, et qui « sont imposées de manière unilatérale »¹⁴⁷. Elle ne permet pas de cerner la notion de pratique commerciale entre professionnels, qui, *a priori*, n'est pas critiquable. Pour les définir, il conviendra de se référer d'abord à la notion de pratique. La pratique est un comportement, une façon d'agir qui peut être conforme ou contraire au droit, intentionnelle ou non, habituelle ou unique¹⁴⁸. Ensuite, il faut s'attarder sur le qualificatif « commercial ». Ce qualificatif ne doit pas être vu comme limitant les pratiques dont il sera question dans la directive à celles qui sont mises en œuvre par des commerçants. Il s'agit davantage de pratiques mises en œuvre par des professionnels, notion qui est assurément plus large que celle de commerçant. Néanmoins, le qualificatif peut présenter l'intérêt indéniable de circoncrire les pratiques dont il est question, il s'agit de celles qui sont mises en œuvre à l'occasion de contrats ou de relations entre professionnels. Le législateur européen pourrait choisir d'ôter purement et simplement le qualificatif, pour évoquer les pratiques déloyales entre professionnels. Cependant, il peut également opter pour une définition de la « pratique commerciale ». L'intérêt est de permettre une définition plus précise que celle de pratique, mais aussi de se fonder sur la définition existante dans les relations entre professionnels et consommateurs. Pour autant, il semble impossible de reprendre sans modification cette définition existante. En effet, les pratiques commerciales

¹⁴⁴ Art. 2, d) de la directive 2005/29/CE, précitée.

¹⁴⁵ Art. 5, §2 de la directive 2005/29/CE.

¹⁴⁶ Sur cette définition, v. : Livre vert du 31 janv. 2013, précité, p. 4.

¹⁴⁷ V. reprenant la définition du Livre vert en y ajoutant ce complément : Communication de la Commission du 15 juill. 2014, précitée, p. 2 ; Projet de Rapport du parlement européen du 6 juill. 2015, précité, p. 9 ; Communication de la Commission du 29 janv. 2016, précitée, p. 2.

¹⁴⁸ Sur cette définition, Cf. *Supra*, n°22.

dont il est question dans les relations entre professionnels sont des pratiques qui sont mises en œuvre à l'occasion de contrats, ou de relations contractuelles¹⁴⁹. La définition existante dans les relations entre professionnels et consommateurs semble pouvoir atteindre les pratiques mises en œuvre à l'occasion de contrats, même si la sanction des pratiques commerciales déloyales se limite, pour l'essentiel, à la phase précontractuelle, étant donné qu'il est nécessaire que la pratique ait eu un effet sur le comportement du consommateur. Il pourrait être utile de préciser, dans le cadre d'une directive relative aux relations entre professionnels, que les pratiques commerciales dont il est question sont celles qui sont mises en œuvre à l'occasion de contrats, au stade de la négociation, de la conclusion, et au stade de l'exécution ou de la rupture du contrat. Ainsi, la définition de la pratique commerciale pourrait se construire autour de la notion de comportements mis en place à l'occasion d'un contrat. Ces comportements incluent notamment les actions, omissions, conduites, démarches et communications qui font l'objet de la définition de la directive de 2005. Le fait que les pratiques dont il est question soient mises en œuvre dans le contexte d'une relation contractuelle apporte une limitation, même s'il convient de ne pas exiger qu'un contrat soit conclu et valable pour pouvoir parler de pratiques commerciales. En effet, ces pratiques peuvent avoir lieu lors de la négociation du contrat, et peuvent avoir pour conséquence par exemple une rupture des pourparlers, au cas où celui qui est victime de la pratique se retire des négociations. Dans ce cas, si la pratique a eu pour conséquence d'empêcher la conclusion du contrat, il conviendra de considérer qu'elle est possiblement déloyale, et ainsi, sanctionnable. Pour réunir l'ensemble des éléments, il sera possible d'évoquer les pratiques commerciales, comme désignant les comportements mis en œuvre à l'occasion de contrats, que le contrat ait été ou non conclu, et, si le contrat est conclu, quel que soit le stade de son exécution. La pratique peut avoir pour objet ou pour effet la stipulation d'une ou de plusieurs clauses contractuelles. L'incarnation possible de la pratique en une clause contractuelle pourra faire partie intégrante de la définition, d'autant qu'il s'agit d'un élément distinctif par rapport aux pratiques sanctionnées entre professionnels et consommateurs. La pratique commerciale doit ensuite être, comme dans les relations entre professionnels et consommateurs, considérée comme *a priori* non-critiquable, et ne le devient que si elle revêt un caractère déloyal.

¹⁴⁹ Sur ce point, Cf. Livre vert du 31 janv. 2013, qui s'attarde précisément sur la notion de pratique commerciale déloyale (spéc. p. 7 à 9), et précise que « les pratiques commerciales déloyales peuvent apparaître à tout moment de la relation interentreprises. Elles peuvent être mises en œuvre lors de la négociation d'un contrat, faire partie du contrat même ou être imposées lors de la phase post-contractuelle (ce que le livre vert désigne par ces termes semble être la phase d'exécution du contrat) ; V. également : Communication du 15 juill. 2014, précité, p. 2 ; Projet de rapport du 6 juill. 2015, précité, p. 9 ; Communication du 29 janv. 2016, précité, p. 2.

b. Les pratiques commerciales déloyales.

528. Caractère déloyal. S'agissant plus précisément des pratiques commerciales qui revêtent un caractère déloyal, il est possible de s'inscrire dans une logique similaire à celle qui existe entre professionnels et consommateurs, dans la directive de 2005, c'est-à-dire une prohibition générale, suivie d'une liste de pratiques qui seront réputées déloyales en toutes circonstances.

529. La prohibition des pratiques commerciales qui sont déloyales. L'interdiction des pratiques commerciales qui revêtent un caractère déloyal nécessite de définir ces pratiques¹⁵⁰. Sur ce point, il est possible de se référer à la définition des pratiques commerciales déloyales, évoquées dans les publications relatives à la question des institutions de l'Union européenne. Cette définition désigne les pratiques commerciales déloyales comme les pratiques qui s'écartent manifestement de la bonne conduite commerciale, qui sont contraires aux principes de bonne foi et de loyauté, et qui sont imposées de manière unilatérale par un des partenaires commerciaux à l'autre¹⁵¹. Ainsi, deux critères cumulatifs seront à réunir pour qualifier une pratique commerciale de déloyale au sens de la directive. Le premier est que la pratique doit être déloyale. De ce point de vue, la pratique déloyale sera celle qui s'écarte manifestement de la bonne conduite commerciale. Cela suppose nécessairement une « appréciation par une autorité »¹⁵², puisque la bonne foi est « en principe présumée »¹⁵³. Le deuxième est que cette pratique doit être imposée de manière unilatérale, soit en d'autres termes qu'il ne s'agisse pas d'un comportement observé par l'ensemble des parties au contrat, mais du comportement de l'une des parties, mis en œuvre au détriment de l'autre. Il ne semble pas nécessaire d'ajouter une référence quelconque à la domination qui, si elle est établie, pourra être un indice, mais dont la caractérisation ne doit pas être exigée en toutes

¹⁵⁰ Sur la nécessité de définir ces pratiques pour les sanctionner, v. Projet de rapport du parlement européen du 6 juill. 2015, précité, spéc. p. 10 : « Il convient de prendre des mesures fortes afin d'éliminer une fois pour toutes les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire dans l'Union. L'ampleur du problème exige la mise en place, au niveau de l'Union, de règles qui visent à garantir le bon fonctionnement des marchés ainsi que des relations loyales et transparentes entre l'ensemble des acteurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Les pratiques commerciales déloyales doivent être clairement définies et interdites sous peine de sanctions ».

¹⁵¹ Sur cette définition, Cf. les publications précitées : Livre vert du 31 janv. 2013, p. 4 ; Communication de la Commission du 15 juill. 2014, p. 2 ; Projet de Rapport du parlement européen du 6 juill. 2015, p. 9 ; Communication de la Commission du 29 janv. 2016, p. 2.

¹⁵² Sur ce point, v. : M. Chagny, B. Keirsbilck, E. Terryn, G. Chantepie, D. Voinot, A. Fortunato : Réponse au Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire en Europe, disponible sur la page du site internet de la Commission consacrée aux contributions reçues : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/contributions_fr.htm, spéc. p. 2-3.

¹⁵³ *Ibidem*.

circonstances. L'interdiction des pratiques commerciales déloyales entre professionnels est ainsi soumise à une double preuve qui devra être rapportée par la victime de la pratique, qui souhaite la voir sanctionnée. Pour l'aider dans l'élaboration de la preuve, le législateur européen peut, comme en matière de relations entre professionnels et consommateurs, établir une liste de pratiques qui seront réputées déloyales en toutes circonstances, dont l'intérêt est d'inverser la charge de la preuve, et de la faire peser sur l'auteur de la pratique, qui devra démontrer, pour échapper à la sanction, que la pratique ne revêt pas un caractère déloyal.

530. Liste de pratiques réputées déloyales. Pour poursuivre l'utilisation de la logique de la directive de 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels et consommateurs, vient, immédiatement après la prohibition des pratiques commerciales déloyales, une liste de pratiques qui, peuvent être déloyales. Plus précisément, la directive de 2005 prévoit les pratiques commerciales trompeuses¹⁵⁴ et les pratiques commerciales agressives¹⁵⁵, puis prévoit une liste précise de pratiques déloyales en toutes circonstances, qui s'analyse comme des exemples des deux catégories¹⁵⁶. Ces dernières pratiques sont ainsi réputées déloyales par leur appartenance aux deux catégories principales de pratiques prohibées. Il n'est probablement pas indispensable de reprendre à l'identique le schéma de la directive de 2005, dans une directive relative aux relations entre professionnels. En effet, la précision de la liste, alliée au caractère relativement large de la notion s'explique probablement en partie par le caractère d'harmonisation maximale de la directive de 2005¹⁵⁷. Etant donné que la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels semble devoir être d'harmonisation minimale, et doit ainsi davantage ressembler à une directive-cadre, qu'à une directive aussi précise que celle de 2005, il n'est pas nécessaire de prévoir une liste d'exemples telle que celle qui figure à l'Annexe I de la directive de 2005. Pour autant, il ne faut pas nier les intérêts de réputer des pratiques commerciales comme revêtant un caractère déloyal. D'une part, la victime verra la charge de la preuve qui pèse sur elle allégée s'agissant des pratiques qui sont visées. La démonstration portera uniquement sur l'appartenance de la pratique critiquée à la liste prévue. L'auteur de la pratique doit, quant à lui, assurément garder la possibilité de démontrer que la pratique qu'il a mise en œuvre n'est pas déloyale, de sorte que la présomption ne doive pas être, pour lui, de nature irréfragable. D'autre part, le

¹⁵⁴ Art. 6 et 7 de la directive 2005/29/CE précitée.

¹⁵⁵ Art. 8 et 9 de la directive.

¹⁵⁶ Annexe 1 de la directive.

¹⁵⁷ Le caractère d'harmonisation maximale est prévu par l'art. 4, et l'art. 5 §5 de la directive précise que « l'Annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les Etats membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive ».

législateur européen pourra, via cette liste, mentionner les pratiques qu'il considère comme déloyales, en laissant la possibilité aux Etats membres, grâce au caractère d'harmonisation minimale, de compléter le cas échéant cette liste, ou même de poser une présomption de nature irréfragable s'agissant des pratiques expressément visées dans la directive. Pour élaborer la liste, le législateur européen pourra utiliser les pratiques qui ont été visées dans les publications des institutions de l'Union européenne consacrées à la question, et en particulier dans le Livre vert du 31 janvier 2013¹⁵⁸, et dans le Rapport du 29 janvier 2016¹⁵⁹. Il pourra être utile de préciser le caractère non-limitatif de la liste, et la possibilité corrélative pour toute pratique d'être prohibée si elle revêt un caractère déloyal au sens de la directive. Pour ces pratiques dont il est démontré le caractère déloyal, comme pour les pratiques qui figurent sur la liste, la directive devra prévoir des règles minimales en matière de sanctions et de mise en œuvre de ces sanctions.

c. Les sanctions.

531. Règles relatives aux sanctions et à leur mise en œuvre. Le législateur européen insiste, dans les publications relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, sur la nécessité de prévoir des sanctions dissuasives¹⁶⁰ et une mise en œuvre de ces sanctions qui prenne notamment en considération le « facteur crainte »¹⁶¹ de la victime de la pratique, qui peut redouter des représailles commerciales à une action qu'elle pourrait engager contre une pratique commerciale déloyale mise en œuvre par un partenaire contractuel. S'agissant d'une directive d'harmonisation minimale, il n'appartient pas au législateur

¹⁵⁸ Livre vert du 31 janv. 2013 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne de distribution alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, précité, spéc. p. 20 et s. où la publication mentionne les clauses contractuelles ambiguës, l'absence de contrats écrits, les changements rétroactifs dans le contrat, le transfert abusif du risque commercial, l'utilisation abusive d'informations, la cessation abusive d'une relation commerciale, et les restrictions territoriales de l'offre.

¹⁵⁹ Rapport du 29 janv. 2016 sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, spéc. p. 5 où le document mentionne les pratiques où une partie fait supporter indûment ou de manière déloyale ses propres coûts ou risques commerciaux par l'autre partie, celle où une partie demande des avantages sans fournir de contrepartie, celle où une partie modifie les clauses de manière unilatérale lorsque le contrat ne le permet pas expressément dans des conditions équitables, et celle qui consiste à mettre fin abusivement à une relation contractuelle ou à menacer de le faire.

¹⁶⁰ Le caractère nécessairement dissuasif des sanctions est constant dans les publications du législateur européen relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Sur celui-ci, v. par ex. : Livre vert du 31 janv. 2013, précité, spéc. p. 19 ; Communication de la Commission du 15 juill. 2014, précitée, spéc. p. 15 ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, spéc. p. 8.

¹⁶¹ La prise en considération du « facteur crainte » est constant dans les publications du le européen relatives aux pratiques commerciales déloyales, sur celui-ci, v. : Livre vert du 31 janv. 2013, précité, spéc. p. 8, où est décrit le « facteur crainte » comme le fait que la partie craint souvent que la relation commerciale se termine si elle se plaint », ce qui peut avoir pour de « rendre moins probables les plaintes contre les pratiques commerciales déloyales » ; Communication de la Commission du 15 juill. 2014, précitée, spéc. p. 8 ; Projet de rapport du parlement européen du 7 juill. 2015, précité, spéc. p. 9 ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, spéc. p. 7.

européen de prévoir précisément les sanctions des pratiques commerciales déloyales. Sa tâche s'apparente davantage à la fixation d'un cadre, dans lequel les législations des Etats membres devront s'inscrire. Il semble, selon les publications les plus récentes intervenues en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, que les sanctions de ces pratiques doivent être d'une double nature, à la fois réparatrice, mais aussi répressive¹⁶². En ce sens, la sanction permet la réparation du dommage causé à la victime de la pratique, mais permet aussi d'assurer l'effet dissuasif de mettre en place des pratiques, par exemple en prononçant une amende. Un autre aspect de la sanction peut être la publication du nom de l'entreprise qui a mis en place la pratique, via par exemple une publicité des décisions rendues en la matière¹⁶³. Outre les sanctions elles-mêmes, les publications du législateur européen relatives aux pratiques commerciales déloyales insistent sur la mise en œuvre des sanctions des pratiques. Tenant compte du « facteur crainte », il semble souhaitable qu'il doive être possible, pour une autorité publique, d'agir d'office pour demander la sanction de la pratique, ou à tout le moins d'être en mesure de recevoir des plaintes anonymes¹⁶⁴. Les publications s'accordent également sur la nécessité de prévoir des autorités indépendantes spécialisées, à la fois pour enquêter mais aussi pour sanctionner les pratiques commerciales déloyales entre professionnels¹⁶⁵. L'ensemble de ces éléments, concernant la sanction, mais aussi concernant sa mise en œuvre, peuvent être vus comme dessinant un cadre minimal dans lequel les législations nationales pourront s'inscrire, en prévoyant des dispositions plus précises, ce qui constitue tout l'objet d'une directive.

532. Conclusion du paragraphe. La meilleure intégration législative de la contestation des clauses qui sont actuellement qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit interne français semble devoir inévitablement passer par l'adoption d'une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, dont ces clauses constituent un exemple-type¹⁶⁶. L'action de l'Union européenne existe déjà en la matière,

¹⁶² Sur ce point, v. : Livre vert du 31 janv. 2013, précité, p. 19 ; Communication de la Commission du 15 juill. 2014, précitée, p. 8 ; Rapport du Parlement européen du 7 juill. 2015, précité, p. 10, même si ce rapport ne détaille pas précisément les sanctions ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, p. 8.

¹⁶³ Parfois reprise dans les différentes publications européennes, cette sanction complémentaire semble être vue comme participant de l'effet dissuasif de mettre en place une pratique commerciale déloyale, mais aussi comme participant à modifier les comportements des entreprises ; sur ce point, v. : Livre vert du 31 janv. 2013, précité, p. 19 ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, p. 8.

¹⁶⁴ Sur ce point, v. : Livre vert du 31 janv. 2013, précité, p. 19 ; Communication de la Commission du 15 juill. 2014, précitée, p. 8 ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, p. 12.

¹⁶⁵ Sur ce point, v. : Livre vert du 31 janv. 2013, précité, p. 19 ; Communication de la Commission du 15 juill. 2014, précitée, p. 8 ; Projet de Rapport du Parlement européen du 7 juill. 2015, considérant n°18 ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, p. 12, même si, selon ce rapport, il s'agit d'une initiative volontaire, et que cette proposition est émise dans l'objectif d'améliorer la « Supply Chain Initiative ».

¹⁶⁶ Cf. les pratiques visées dans le Livre vert du 31 janv. 2013, et celles visées dans le Rapport de la Commission du 29 janv. 2016 qui, pour la plupart, se matérialisent dans des clauses contractuelles.

comme un certain nombre de textes de « soft law »¹⁶⁷, et une initiative volontaire européenne le démontre. Pour autant, il a pu être considéré que ces actions ne sont pas suffisantes pour aboutir à une lutte efficace contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels¹⁶⁸. Dès lors, l'Union européenne peut se fonder sur sa compétence partagée « marché intérieur », et prendre pour fondement juridique l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui permet le rapprochement des législations nationales qui ont pour objet l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur, pour aboutir à l'édiction d'une directive. Afin d'éviter l'écueil d'une confusion de ces pratiques avec celles qui peuvent être mises en œuvre par des professionnels au détriment des consommateurs, il semble important que cette directive soit à la fois spécifique aux relations entre professionnels, même si elle devra concerner l'ensemble de ces relations, et d'harmonisation minimale. Cette méthode d'harmonisation, différente de celle qui a été employée en droit de la consommation, doit permettre d'aboutir à un socle commun dans l'Union européenne, sans empêcher les Etats membres d'adopter des dispositions plus strictes ou plus précises dans le domaine de la directive. Parmi les dispositions essentielles, la directive devra prévoir une définition des pratiques commerciales déloyales qui sont prohibées dans les relations entre professionnels, une liste de pratiques expressément considérées comme déloyales en toutes circonstances, mais aussi un cadre relatif aux sanctions et à leur mise en œuvre. Le caractère minimal de l'harmonisation obligera les Etats membres qui ne disposent pas de règles spécifiques en la matière à les adopter, et permettra une consécration de la notion dans l'ensemble de l'Union européenne, mais n'empêchera pas certains Etats membres de sanctionner spécifiquement d'autres pratiques que celles visées par la directive qui entrent dans la définition. Il semble que sur ce point, la France apparaisse comme un Etat à l'avant-garde, et que la transposition de la directive dans la législation française puisse à la fois se concilier avec le maintien d'une large part des actuelles pratiques restrictives de concurrence, même si elle ne pourra se faire sans un certain renouveau de cette matière, à commencer par le changement de sa dénomination.

§2 : La transposition de la directive en droit interne.

533. Transposition ou effets de la transposition. Dépourvues d'effet direct, les directives sont adressées aux états membres, dans le but de leur donner un résultat à atteindre,

¹⁶⁷ Cf. l'ensemble des publications relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, en particulier concernant la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises, et en particulier la plus récente, le rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité.

¹⁶⁸ Cf. Projet de rapport du Parlement européen du 7 juill. 2015, précité, spéc. Considérants 17 et 18, et p. 10.

en leur laissant la liberté des moyens et de la forme¹⁶⁹, c'est-à-dire en d'autres termes qu'elles doivent être transposées par les Etats membres, dans leurs droits nationaux¹⁷⁰. La transposition consiste en « l'adoption de mesures nationales destinées à permettre que soit atteint le résultat visé par la directive »¹⁷¹. La question qui vient immédiatement à l'esprit lorsqu'il s'agit d'évoquer la transposition d'une directive européenne est celle du choix de l'acte contraignant. La directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels permet à l'Union européenne de fixer un objectif d'interdiction et de sanction des pratiques commerciales qui sont déloyales entre professionnels, en particulier à l'occasion de contrats. Il s'agit ainsi d'une directive contenant des règles de nature contractuelle, qu'elles soient civiles ou commerciales. Le législateur français, au moment de la transposition de la directive, n'aura en conséquence guère le choix de l'instrument, puisque l'article 34 de la Constitution attribue au seul pouvoir législatif la fixation des règles concernant le régime des obligations civiles et commerciales¹⁷². La transposition de la directive devra ainsi nécessairement passer par un acte de nature législative. La transposition de la directive elle-même ne paraît pas soulever de grandes difficultés. En réalité, la transposition soulèvera davantage de questions lorsqu'il s'agira d'étudier son ampleur et ses effets. Sur ce point, la directive sera probablement d'harmonisation minimale, de sorte qu'outre la fixation du résultat, les états membres resteront libres des moyens. De plus, le droit interne français contient d'ores et déjà un certain nombre de règles relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La transposition de la directive pourrait laisser quasiment inchangées ces règles, puisque si l'on excepte la définition générale des pratiques commerciales déloyales, le droit français semble assez conforme aux dispositions de la directive quant aux exemples de pratiques réputées déloyales, et quant aux sanctions. Pourtant, le législateur français, amené à transposer la directive, sera conduit à modifier l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence. Plus que le simple constat de la proximité entre les dispositions actuelles et celles d'une directive future, le travail législatif consistera à modifier d'abord non pas les règles elles-mêmes, mais leur esprit (A),

¹⁶⁹ Art. 288 al. 3 TFUE.

¹⁷⁰ Sur ce point, v. : P. Rambaud, J.- L. Clergerie, A. Gruber : *L'Union européenne*, précité, n°309 ; J.- P. Jacqué : *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, n°913-914 ; C. Blumann, M. Dubouis : *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, n°753 ; J. Rideau : *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, n°107.

¹⁷¹ D. Simon : *La directive européenne*, précité, spéc. p. 35.

¹⁷² Art. 34, al. 3 de la Constitution du 4 oct. 1958 ; Sur ce point, V. par ex., pour une application concernant un décret pris par un ministre et contenant, outre des règles relatives aux informations à communiquer aux consommateurs, un « délai de réflexion » à respecter entre la communication des informations et la signature du contrat, cette disposition ayant été annulée par le Conseil d'état, notamment en ce qu'elle porte atteinte à la liberté contractuelle, ce qui implique qu'elle relève du pouvoir législatif, en vertu de l'article 34 de la Constitution : CE, 27 avr. 1998, Mr. Cornette de Saint-Cyr, n°184473 ; 184557, AJDA, 1998, p. 831, concl. C. Maugué, où l'auteur relève notamment qu'il s'agit d'une jurisprudence constante.

puis à réorganiser les règles du droit des pratiques restrictives de concurrence, dont certaines devront rester inchangées, mais dont d'autres se trouveront modifiées (B).

A. La modification de l'esprit de l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence lors de la transformation en droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

534. Modification de la dénomination. La transposition de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels marquera assurément un tournant au sein de cette partie du droit de la concurrence, en modifiant la dénomination de l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence, pour le renommer « droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ». Ce changement doit permettre à la matière de disposer d'une dénomination plus descriptive de son contenu, alors que l'actuel titre du droit des pratiques restrictives de concurrence semblait peu en phase avec des règles d'interdiction *per se*, c'est-à-dire sans prise en compte d'un effet, même potentiel sur un quelconque marché, cette prise en compte étant assez classique au sein des règles régissant la concurrence¹⁷³. Le changement de dénomination permet également d'éviter un écueil à l'occasion de la transposition, qui consisterait à ne voir les pratiques commerciales déloyales entre professionnels que comme des exemples de pratiques restrictives de concurrence. Il convient en effet, pour faire prendre à la matière tout son sens, de constater qu'au-delà d'un exemple, les pratiques commerciales déloyales entre professionnels viennent remplacer les pratiques restrictives de concurrence. La modification de la dénomination invite également à s'interroger sur l'esprit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Outre la question de l'objectif poursuivi par le législateur, la détermination de l'esprit d'une réglementation permet également de la situer au sein de l'ordre juridique auquel elle se rattache¹⁷⁴. Bien que la réglementation soit issue d'une directive européenne, il est acquis qu'elle s'intégrera au sein du droit privé interne, et plus précisément, qu'elle incarnera un droit spécial du contrat¹⁷⁵. Cette caractéristique implique nécessairement une application cumulée des règles de droit spécial avec les règles de droit commun qui sont compatibles¹⁷⁶. La modification législative devra ainsi aboutir à faire assumer à la matière sa dimension de droit spécial du contrat. Cette démarche accomplie, il

¹⁷³ Cf. les pratiques anticoncurrentielles, prévues par les art. L. 420-1 et s. C. com.

¹⁷⁴ Sur cette définition, v. : J.- L. Bergel : *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2012, p. 276 ; *Adde* : N. Balat : *Essai sur le droit commun*, th., dactyl. dir. M. Grimaldi, Université Panthéon-Assas-Paris II, 2014, spéc. n°725, où l'auteur insiste sur la nécessité « de réfléchir à la raison d'être des règles spéciales ».

¹⁷⁵ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°493-494.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

sera possible d'avoir une conception assez précise de la situation du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit privé. Demeure la question de l'objectif poursuivi par le législateur qui édicte ces règles. Sur ce point, il paraît certain que la transformation de l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence en un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels consacrera une rupture avec l'esprit actuel de la matière, même si, s'agissant d'une consécration, cet esprit semble déjà avoir été sensiblement modifié.

535. Esprit actuel. Le dégagement de l'intention du législateur en matière de pratiques restrictives de concurrence impose de revenir aux sources de la matière, et s'agissant d'une matière qui s'est construite au fil des lois, à la première de ces lois. Initialement, dans le contexte de l'immédiat après-seconde guerre mondiale, le législateur entreprenait de limiter les pénuries, mais également de limiter la hausse des prix qui, classiquement, caractérise les situations de pénuries. Son objectif était alors le contrôle des prix, dans le contexte plus général d'une économie administrée par l'Etat. Le contrôle des prix passe en particulier par une règle, celle de la prohibition des prix illicites¹⁷⁷. Seront assimilés à cette prohibition des prix illicites les refus de vente¹⁷⁸, les prix imposés¹⁷⁹ et les discriminations¹⁸⁰, qui peuvent s'analyser comme les premières pratiques restrictives de concurrence, même si l'utilisation du terme relève de l'anachronisme puisqu'il ne sera légalement consacré qu'en 1986¹⁸¹. La pratique de prix conseillés¹⁸² sera également assimilée à la pratique de prix illicites, alors que les pratiques de revente à perte¹⁸³ et de dons en marchandises ou en espèces à un revendeur¹⁸⁴ semblent interdites sans assimilation avec celle de prix illicites, les discriminations s'étant également émancipées de cette assimilation¹⁸⁵. C'est néanmoins très empreint de l'esprit du

¹⁷⁷ Ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, art. 37 ; Sur l'évolution de la matière, Cf. *Supra*, n°24 et s.

¹⁷⁸ L'assimilation du refus de vente à la pratique de prix illicites est opérée par l'art. 37, 1° de l'Ord. de 1945 précitée, modifié notamment par le décret n°58-545 du 24 juin 1958 modifiant certaines dispositions de l'ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix (art. 1^{er}).

¹⁷⁹ L'assimilation des prix imposés à la pratique de prix illicites est opérée par la loi n°52-835 du 18 juill. 1952 complétant l'article 37 de l'ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix (art. 1^{er}).

¹⁸⁰ L'assimilation des discriminations à la pratique de prix illicites est réalisée par le décret n°53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale (art. 2), modifié par le décret n°58-545, précité (art. 1^{er}).

¹⁸¹ Le terme est en effet issu de l'ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, Titre IV : « De la transparence et des pratiques restrictives ».

¹⁸² L'assimilation des prix conseillés à la pratique de prix illicite est opérée par l'ord. n°67-835 du 28 sept. 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence (art. 1^{er}).

¹⁸³ La revente à perte est interdite par la loi de finances n°63-628 du 2 juill. 1963 rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, art. 1^{er}.

¹⁸⁴ La pratique est prohibée par la loi n°73-1197 du 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, art. 37.

¹⁸⁵ *Ibidem*, où le texte ne mentionne pas, pour cette pratique, d'assimilation à la pratique de prix illicites.

contrôle des prix que la matière s'apprête, en 1986, à connaître une importante modification. En effet, à cette date, est consacrée la liberté des prix, et la sortie de l'économie administrée et des prix réglementés par l'Etat¹⁸⁶. Malgré le renversement de la logique de la matière, qui apparaissait avant ce texte comme venant au soutien de l'administration des prix, l'ordonnance reprend, au titre des pratiques restrictives, bon nombre des pratiques qui existaient auparavant, comme la revente à perte¹⁸⁷, les prix de revente minimaux imposés¹⁸⁸, les discriminations¹⁸⁹, les refus de vente¹⁹⁰, alors que les autres pratiques prohibées ne semblent pas abrogées par le texte nouveau¹⁹¹. La principale évolution apportée par cette ordonnance est donc la suppression de l'infraction pénale de prix illicites, et la dépénalisation consécutive de certaines pratiques restrictives qui étaient sanctionnées sur ce fondement¹⁹². S'agissant de l'esprit des pratiques sanctionnées, il ne peut que rester empreint de la logique d'administration et de contrôle des prix qui présidait jusqu'en 1986. Cette volonté du législateur d'agir sur les prix n'a probablement pas totalement disparu en 1986, et a pu se retrouver dans les objectifs de lois plus récentes intervenues en matière de pratiques restrictives de concurrence¹⁹³. Pour autant, il serait inexact de réduire les objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence au contrôle des prix ou même à l'objectif d'augmentation du pouvoir d'achat des consommateurs, puisque certains textes mettent également en avant la « moralisation des pratiques »¹⁹⁴, ou encore leur « modernisation »¹⁹⁵. Il est également à noter que certaines des pratiques prohibées

¹⁸⁶ Ord. n°86-1243, précitée.

¹⁸⁷ Art. 32 de l'ord. de 1986.

¹⁸⁸ Art. 34 de l'ord. de 1986.

¹⁸⁹ Art. 36, 1 de l'ord. de 1986.

¹⁹⁰ Art. 36, 2 de l'ord. de 1986.

¹⁹¹ Cf. en particulier la pratique de dons, visée par la loi de 1973, non explicitement abrogée par l'ord. de 1986.

¹⁹² La dépénalisation n'est cependant que partielle, et ne concerne que les pratiques visées à l'art. 36 de l'ord., puisque les pratiques de revente à perte et d'imposition de prix minimaux de revente demeurent sanctionnées par des amendes pénales.

¹⁹³ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°164 ; V. en particulier, au sein des rapports qui ont précédé des modifications législatives en matière de pratiques restrictives de concurrence : Restaurer la concurrence par les prix, Rapport, dir. G. Canivet, Paris : La documentation française, 2004, spéc. p. 53 et s. ; Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, dir. J. Attali, Paris : XO Editions, La documentation française, 2008, spéc. p. 145 ; La négociabilité des prix et des conditions de vente, rapport, dir. M.- D. Hagelsteen, 2008, spéc. p. 14 et 26 ; au sein des motifs des modifications législatives elles-mêmes : Circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs ; Communiqué de presse du Conseil des ministres du 13 avr. 2005, relatif à la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, consultable à l'adresse suivante :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?type=general&idDocument=JORFDOLE000017758692>.

¹⁹⁴ Cf. loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, spéc. Titre 1^{er} de la Deuxième partie, intitulé « moralisation des pratiques commerciales », et contenant en particulier les modifications apportées par ce texte au droit des pratiques restrictives de concurrence.

¹⁹⁵ Cf. loi n°2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, spéc. Titre 1^{er} : « dispositions relatives à la modernisation des relations commerciales » ; loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, plus globalement consacrée à l'objectif de modernisation, et contenant des dispositions modifiant les pratiques restrictives de concurrence sous le Titre « mettre en œuvre la deuxième étape de la réforme des relations commerciales ».

avant même l'ordonnance de 1986 ne le sont plus aujourd'hui, en particulier les pratiques de discrimination, dont l'interdiction a été supprimée en 2008¹⁹⁶. Il n'en demeure pas moins que certaines pratiques, originellement conçues dans un contexte de contrôle des prix, demeurent sanctionnées aujourd'hui, comme la revente à perte¹⁹⁷ ou l'interdiction des prix minima de revente¹⁹⁸. La question de l'esprit de la législation actuelle doit ainsi recevoir une réponse partagée entre le reliquat de l'esprit de contrôle des prix qui a justifié les premières interdictions de pratiques, et les objectifs actuels, parmi lesquels l'objectif de loyauté des relations commerciales entre professionnels, qui devrait, à la faveur de la transposition de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, devenir le principal objectif de la matière.

536. Esprit futur. L'objectif de loyauté des relations commerciales et des pratiques commerciales mises en œuvre entre professionnels a été identifié concernant la sanction des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence¹⁹⁹. Au niveau européen, cet objectif paraît, au-delà des seules clauses, motiver la possible action du législateur en matière de pratiques commerciales déloyales²⁰⁰. L'affirmation de cet objectif, comme objectif unique de la réglementation en matière de pratiques commerciale déloyales entre professionnels, devrait sans aucun doute faire partie des considérants de la directive à intervenir en la matière. Il conviendra donc, pour le législateur interne français, de le reprendre, ou plus exactement d'en faire le principal objectif du droit interne des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. En effet, il n'est pas possible de considérer que cet objectif n'existe pas à l'heure actuelle²⁰¹. Simplement, il se trouve parmi d'autres objectifs, dont certains, comme le contrôle des prix, semblent peu compatibles avec lui, puisqu'aboutissant potentiellement à la sanction d'une pratique qui, loyale, n'est pas conforme à un objectif en matière de prix. L'affirmation de cet esprit, par la transformation de l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence en un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels devrait permettre de parachever la réforme opérée en 1986, et de tirer toutes les conséquences de la liberté des prix, en ôtant l'objectif de contrôle des prix de cette matière. Cet objectif paraît en

¹⁹⁶ Loi n°2008-776, précitée, spéc. art. 92 qui abroge le 1° de l'art. L. 442-6 C. com., prohibant les discriminations.

¹⁹⁷ Art. L. 442-25 C. com.

¹⁹⁸ Art. L. 442-5 C. com.

¹⁹⁹ Cf. *Supra*, n°442.

²⁰⁰ Cf. *Supra*, n°438 et s.

²⁰¹ V. affirmant cet objectif, v. : loi n°96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, où l'objet principal de la loi est, selon le législateur, « d'assurer une plus grande loyauté et un meilleur équilibre dans les relations entre producteurs et distributeurs ».

effet résolument dépassé, trente années après l'ordonnance de 1986, et la suppression des pratiques qui avaient vocation à assurer le contrôle des prix apparaît aujourd'hui nécessaire, pour ne fonder la sanction d'une pratique commerciale que sur son seul caractère déloyal. La transposition de la directive induit alors des modifications de la lettre de l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence, afin de le faire devenir un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

B. Les modifications de la lettre de l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence pour le transformer en droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

537. Titre du Chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce. Aujourd'hui, les pratiques restrictives de concurrence sont regroupées dans un Chapitre II du Titre IV du Code de commerce. Intitulé « Des pratiques restrictives de concurrence », et faisant partie d'un Titre consacré à la « transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées », ce Chapitre verra nécessairement son intitulé modifié par la transposition de la directive. Intitulé « des pratiques commerciales déloyales entre professionnels »²⁰², il permettra de regrouper l'ensemble des règles relatives aux pratiques commerciales entre professionnels, tant celles qui sont issues de la directive, que celles qui résultent d'une loi nationale, celles-ci n'étant pas abrogées ou interdites dans le domaine de la directive qui est d'harmonisation minimale. La modification du Titre du Chapitre n'est pourtant pas la principale évolution induite par la transposition de la directive, puisque les modifications se situeront au niveau des textes que contient le Chapitre. Plus précisément, il conviendra de se poser la question du maintien des dispositions actuelles (1), et de la création de dispositions nouvelles à la suite de la transposition de la directive (2).

1. Le sort des dispositions actuelles à l'issue de la transformation du droit des pratiques restrictives de concurrence en droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

538. Annonce. La question du devenir des actuelles dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence à la suite de la transformation de cette matière en un droit des pratiques restrictives de concurrence entre professionnels se pose puisqu'il apparaît que certaines pratiques, qui ne répondent pas à l'objectif du législateur (a), ne pourront plus être

²⁰² Ce titre apparaît alors proche, même s'il procède d'une logique différente qui ne consiste pas à y consacrer la concurrence déloyale, de celui proposé par le rapport dir. G. Canivet : Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce, Paris : La Documentation française, coll. des rapports officiels, 2004, spéc. p. 69 : « De la loyauté dans les pratiques commerciales ».

sanctionnées de manière générale, tandis que d'autres pratiques, s'inscrivant dans l'objectif de loyauté, pourront demeurer (b).

a. La disparition de deux pratiques restrictives de concurrence.

539. L'inutile reproduction du Code de la consommation en droit des pratiques restrictives de concurrence. Le droit actuel des pratiques restrictives de concurrence contient une première disposition consacrée aux ventes avec prime et aux ventes liées²⁰³. Cette disposition reproduit des articles du Code de la consommation, de sorte qu'il est permis de s'interroger sur son utilité. Il ne s'agit pas, à proprement parler de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, puisque ces pratiques s'analysent, au sens du droit de la consommation, comme des pratiques commerciales déloyales mises en œuvre par un professionnel, vis-à-vis d'un consommateur. Ces pratiques sont interdites si elles revêtent un caractère déloyal au sens de la directive 2005/29/CE²⁰⁴. A cet égard, il est intéressant de constater que le Code de commerce²⁰⁵ contient une version ancienne de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, puisque le texte actuel, modifié en 2011²⁰⁶, prend soin de préciser que la pratique de vente liée n'est interdite que si elle revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 du Code de la consommation²⁰⁷, précision qui semble absente de la règle reproduite en droit actuel des pratiques restrictives de concurrence²⁰⁸, et qui paraît pourtant avoir été ajoutée pour tenir compte d'un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne qui avait statué en ce sens²⁰⁹. Peu utile, la disposition apparaît alors non-conforme à la directive de

²⁰³ Art. L. 442-1 C. com.

²⁰⁴ Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

²⁰⁵ Dans sa version consultable sur le site : www.legifrance.gouv.fr.

²⁰⁶ Cf. loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 45, 5° qui a complété l'art. L. 122-1 du Code de la consommation par les mots : « dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 » ; A l'issue de l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, le texte figure à l'art. L. 121-11 C. conso.

²⁰⁷ Ce texte reprend la définition des pratiques commerciales déloyales issue de la directive de 2005 et dispose que « une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ».

²⁰⁸ Cf. art. L. 442-1, al. 6 C. com. : « art. L. 122-1 : « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit » ; L'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 prend soin de modifier les dispositions du Code de commerce qui contiennent de références à des textes de droit de la consommation, pour les actualiser, mais ne mentionne pas l'art. L. 442-1 C. com. qui pourrait continuer à faire référence aux numérotations anciennes, au 1^{er} juill. 2016 (Cf. art. 6 de l'ord.).

²⁰⁹ CJUE, 23 avr. 2009, aff. jointes C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB c. Total Belgium et Galatea c. Sanoma, spéc. n°68 : « La directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause (...) qui, sans tenir compte des circonstances spécifique du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur ».

2005, en raison du fait qu'elle n'ait pas été suffisamment modifiée en 2011²¹⁰. La reproduction du Code de la consommation n'apparaissait pas nécessaire en droit des pratiques restrictives de concurrence, et l'est d'autant moins en droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, puisqu'elle tendrait à confondre ces pratiques avec celles qui, différentes, sont sanctionnées entre professionnels et consommateurs. La suppression pure et simple de cet article semble ainsi inéluctable dans le cadre de la transposition de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, ne serait-ce que parce que ce texte inviterait le législateur à distinguer entre les pratiques commerciales déloyales du droit de la consommation et celles qui font l'objet du Chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, et ce faisant, l'inviterait à faire disparaître ces dispositions consuméristes qui figurent actuellement dans un Chapitre consacré aux relations entre professionnels. Parmi les dispositions actuelles, les pratiques de revente à perte et d'imposition d'un prix minimal de revente semblent également devoir disparaître.

540. La disparition souhaitable de la revente à perte et de l'imposition d'un prix minimal de revente. La revente à perte et l'imposition d'un prix minimal de revente sont des pratiques restrictives de concurrence qui résultent d'une survivance des pratiques prohibées sous l'empire de la sanction pénale des prix illicites. Il s'agit d'ailleurs des dernières pratiques restrictives de concurrence qui soient pénalement sanctionnées. S'agissant d'une directive d'harmonisation minimale, il convient de ne pas avoir un raisonnement qui serait analogue à celui qui préside en droit de la consommation. Dans ce domaine, soumis à une harmonisation maximale, il n'est possible d'interdire des pratiques que si elles revêtent un caractère déloyal au sens de la directive. Entre professionnels, la directive étant d'harmonisation minimale, il ne serait pas impossible de conserver des dispositions tendant à sanctionner certaines pratiques, même si elles ne revêtent pas de caractère déloyal. Pour autant, la transposition d'une directive par la modification du Chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce invite nécessairement à se poser la question du maintien des dispositions relatives à la revente à perte et à l'imposition d'un prix minimal de revente, tout en sachant que ces pratiques pourront toujours être sanctionnées s'il est démontré qu'elles ont un caractère déloyal au sens de la définition qui, par ailleurs, sera incluse dans le Chapitre, après modification.

²¹⁰ La modification avait pourtant eu lieu, en application de la même loi, en 2011, s'agissant de la première disposition reproduite (art. L. 121-35 C. conso., devenu, à l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, art. L. 121-19 C. conso.), qui contient désormais la précision « si elle revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 », insérée par l'art. 45 de la loi, au 3° pour celui-ci, et qui est pourtant mentionnée au 5° de ce même article, pour l'art. L. 122-1.

541. Revente à perte. A vrai dire, la transposition de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels est l'occasion de statuer sur le sort de la revente à perte, même si la directive elle-même, n'empêche pas cette pratique d'être prohibée, à condition toutefois d'avoir lieu dans des relations entre professionnels. En effet, la revente à perte, lorsque le produit est proposé au consommateur, semble peu compatible avec la directive de 2005 qui prohibe les pratiques commerciales si celles-ci ont un caractère déloyal, et qui « s'oppose à une disposition nationale qui prévoit une interdiction générale de la revente à perte à l'égard des consommateurs »²¹¹. La doctrine s'accorde à considérer qu'il sera difficile de voir la revente à perte comme une pratique qui puisse n'être sanctionnée que lorsqu'elle porte atteinte aux intérêts des professionnels²¹². En effet, l'atteinte aux intérêts des consommateurs est quasi-systématique. Ainsi, cette pratique, même si la proposition de prix n'est pas directement faite aux consommateurs, pourra méconnaître ses intérêts, et ainsi entrer dans le champ d'application de la directive de 2005²¹³. Pour autant, il semble que cette question soit dépassée par le fait que la revente à perte s'analyse comme une « législation mixte »²¹⁴, qui s'applique tant dans les relations entre professionnels et consommateurs que dans les relations entre professionnels, ce type de législation semblant entrer dans le champ d'application de la directive de 2005²¹⁵. Cet argument achève de convaincre, et permet de sceller le sort de la revente à perte qui devrait n'être sanctionnée, que s'il est démontré qu'elle présente un caractère déloyal, au sens de la directive de 2005. S'agissant d'une législation mixte, elle ne semble pas pouvoir entrer dans le champ d'application d'une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. L'intervention d'une loi de transposition de cette directive est assurément l'occasion de supprimer cette pratique qui ressort d'un objectif ancien de la matière, celui du contrôle des prix, et qui ne correspond plus à

²¹¹ CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343/12, Euronics Belgium CVBA c. Kamera Express BV, considérant n°31 ; Concurrences, n°2-2013, p. 95, note J.-L. Fourgoux ; D. 2013, p. 913, note E. Petit ; RLDA, 06/2013, n°83, p. 35, note A. Lecourt ; RLC, 07/2013, n°36, p. 53, note J.- C. Grall ; *Adde* : A. Berg-Moussa : « 3 questions : l'avenir de l'interdiction de la revente à perte en France au regard de la décision CJUE du 7 mars 2013 », JCP, E, 2013, 370.

²¹² V. en ce sens, E. Petit : note précitée ; A. Lecourt : note précitée ; Y. Picod : « Les effets inattendus du droit européen de la consommation sur le droit des pratiques commerciales », AJCA, 2014, p. 347.

²¹³ Cf. considérant n°6 de la directive 2005/29 : « La présente directive a dès lors pour objet de rapprocher les législations des Etats membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes [...]. Elle ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels ».

²¹⁴ Pour reprendre le terme de D. Voinot : « L'interdiction de la revente à perte est-elle conforme à la directive sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ? », AJCA, 2014, p. 171.

²¹⁵ *Ibidem*.

l'objectif de loyauté, désormais affirmé. Il semble devoir en aller de même pour la pratique d'imposition d'un prix minimal de revente.

542. Imposition d'un prix minimal de revente. La pratique d'imposition d'un prix minimal de revente a été créée, comme celle de revente à perte, dans un contexte de prix administrés²¹⁶. La sanction pénale de cette pratique s'expliquait alors puisqu'il s'agissait d'une infraction pénale de prix illicite. Cette justification est moins convaincante aujourd'hui, alors que les prix sont libres. La liberté des prix elle-même suppose que chaque revendeur d'un produit soit libre du prix de celui-ci, mais doit permettre également à un fournisseur d'encadrer la liberté d'un revendeur, par exemple par une clause d'un contrat. La transposition d'une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels pourrait être l'occasion d'une suppression de la sanction pénale de cette pratique. La pratique elle-même, pourrait continuer à être sanctionnée si elle revêt un caractère déloyal, par les sanctions, de nature non-pénales, prévues par la loi pour ces pratiques. S'agissant d'une directive d'harmonisation minimale, la disparition de la sanction pénale de cette pratique n'est pas indispensable. En réalité, elle s'impose davantage dans un souci d'unité du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, puisqu'il s'agirait de la seule pratique qui resterait en dehors des règles relatives à la déloyauté, en raison de son objectif initial de contrôle des prix par l'Etat, et non par les acteurs économiques eux-mêmes. La suppression de cette pratique parachève la construction de la liberté des prix amorcée en 1986, et permet d'effacer de la matière la dimension de contrôle des prix, qui est censée avoir disparu depuis une trentaine d'années. Cette seconde pratique dont la disparition est souhaitable ne doit pas masquer le maintien de la majorité des actuelles pratiques restrictives de concurrence après la transformation de la matière en un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

b. Le maintien des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

543. Maintien des autres pratiques restrictives de concurrence. L'actuel Chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce contient d'autres dispositions sanctionnant des pratiques restrictives de concurrence. Il en va ainsi de l'article L. 442-6. Ce texte contient la majorité des pratiques commerciales déloyales qui sont actuellement sanctionnées, en particulier lorsque ces pratiques prennent la forme de clauses ou d'engagements contractuels,

²¹⁶ Cette pratique a été créée par la loi n°52-835, précitée.

ou plus généralement de comportements observés par une partie à l'occasion d'un contrat²¹⁷. Pour autant, l'ensemble des pratiques prohibées en toutes circonstances ne fait pas partie intégrante de ce texte et certaines d'entre elles font l'objet de dispositions spécifiques, comme par exemple le fait de proposer à la vente des produits en utilisant le domaine public de l'état de façon irrégulière²¹⁸, le fait de pratiquer des prix de première cession abusivement bas en période de crise conjoncturelle pour des produits agricoles²¹⁹, et le fait de ne pas respecter les règles relatives aux enchères inversées à distances²²⁰. Certaines de ces pratiques peuvent également être maintenues, en tant que pratiques réputées déloyales en toutes circonstances, puisque que la directive, d'harmonisation minimale, permet aux Etats d'aller au-delà de la liste prévue par la directive. D'autres pourront être maintenues, mais au titre des pratiques réglementées, dans le Chapitre III du Titre IV, qui pourrait, à la faveur de la transposition, contenir les pratiques qui sont réglementées entre professionnels, et qui ne sont sanctionnées qu'en cas de non-respect de la réglementation, et non pas en raison d'un caractère déloyal.

544. Maintien des sanctions des pratiques restrictives de concurrence. Les dispositions du Chapitre II prévoient des sanctions pour les pratiques qu'elles prohibent. La principale sanction est l'engagement de la responsabilité civile délictuelle de l'auteur de la pratique²²¹. Cette sanction est de nature réparatrice, et se trouve être, s'agissant d'un fait juridique qui s'analyse en une faute civile, une sanction classique du droit français. Une autre sanction est la nullité des clauses ou des contrats conclus en contenant une pratique restrictive de concurrence²²², même s'il est intéressant de constater que l'ensemble des clauses ou des contrats qui contiennent de telles pratiques ne sont pas concernés²²³, sauf en cas d'action du ministre, sur le fondement de l'article L. 442-6, III du Code de commerce²²⁴, et sauf à considérer que les contrats, conclus en reposant sur une pratique restrictive de concurrence ou

²¹⁷ L'article L. 442-6, I C. com. sanctionne ainsi par ex. le fait d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque sans contrepartie, le fait de soumettre un partenaire commercial à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, le fait d'obtenir un avantage préalable à toute passation de commande sans engagement écrit sur un volume d'achat, le fait de rompre brutalement une relation commerciale établie, le fait de participer à la violation de l'interdiction des reventes hors-réseau pour un distributeur lié par un contrat de distribution exclusive.

²¹⁸ Art. L. 442-8 C. com.

²¹⁹ Art. L. 442-9 C. com.

²²⁰ Art. L. 442-10 C. com.

²²¹ L'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique est visé pour l'ensemble des pratiques visées par l'art. L. 442-6, I, mais aussi pour les pratiques visées par l'art. L. 442-9 C. com.

²²² La nullité des clauses ou des contrats est visée pour les pratiques figurant à l'art. L. 442-6, II, mais aussi pour les pratiques visées à l'art. L. 442-10 C. com.

²²³ Il en va ainsi des pratiques qui peuvent prendre la forme de clauses et qui sont visées par l'art. L. 442-6, I, et par l'art. L. 442-9 C. com.

²²⁴ Spécifiquement pour les pratiques prévues par ce texte, le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent « faire constater la nullité des clauses ou des contrats illicites », selon l'art. L. 442-6, III, al. 2. C. com.

en contenant une telle pratique, dérogent à une loi qui intéresse l'ordre public, ce qui impliquerait une nullité, fondée sur l'article 6 du Code civil. Parmi les autres sanctions, outre la confiscation des produits qui sont vendus sur le domaine public sans autorisation²²⁵, le droit actuel des pratiques restrictives de concurrence prévoit des sanctions spécifiques qui peuvent être prononcées pour les pratiques sanctionnées par l'article L. 442-6, sur demande du ministre chargé de l'économie ou du ministère public. Parmi ces sanctions, outre la cessation des pratiques, ils peuvent notamment demander la répétition de l'indu, ce qui semble aller dans le sens d'une prise en considération du « facteur crainte »²²⁶, mentionné dans les publications du législateur européen comme devant faire l'objet d'un traitement particulier par les législateurs agissant en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Il s'agit en effet, outre le lancement de l'action, pour le ministre chargé de l'économie ou pour le ministère public, de permettre à la victime de la pratique de se voir rembourser des sommes qu'elle a, en raison de la pratique sanctionnée, indument versées. Enfin, une autre sanction spécifique à ces pratiques et ne pouvant être prononcée que sur demande du ministre chargé de l'économie ou du ministère public se trouve être l'amende civile. Cette sanction permet de donner aux règles actuelles relatives aux pratiques restrictives de concurrence une dimension dissuasive qui doit également assurément être conservée dans le cadre de la transposition de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels²²⁷. Les sanctions actuelles, comme la majorité des pratiques restrictives de concurrence semblent donc devoir survivre à la transformation de la matière en un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, ce qui ne doit pas conduire le législateur, à l'occasion de la transposition de la directive, à ne pas considérer qu'il convient de créer un certain nombre de dispositions nouvelles.

2. La création de dispositions nouvelles à l'issue de la transformation du droit des pratiques restrictives de concurrence en droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

545. Dispositions issues de la transposition et dispositions non issues de la transposition. La transposition d'une directive d'harmonisation minimale implique que soient transposées les règles contenues dans la directive et qui ne se trouvent pas déjà prévues par la réglementation interne (a), mais n'empêche pas le législateur d'adopter des règles nouvelles

²²⁵ Art. L. 442-8 C. com.

²²⁶ Cf. *Supra*, n°531.

²²⁷ *Ibidem*.

dans le domaine de la directive, dans le but de régler des questions qui se posent ou qui risquent de se poser à la suite de la transposition (b).

a. Les dispositions nouvelles issues de la transposition.

546. Une définition générale des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La transposition de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels conduira le législateur à transposer la définition de ces pratiques. Cette définition permettra de fixer le cadre dans lequel seront analysées les pratiques commerciales des professionnels, et leur permettra de prévoir quelles sont les pratiques qui pourront être qualifiées de déloyales au sens des règles nouvelles. Le manque de cohérence et l'absence de définition des pratiques restrictives de concurrence avaient pu faire l'objet de reproches en doctrine²²⁸, et se trouveraient ainsi comblés. Au-delà, le principal reproche fait au législateur de n'agir que précisément face à des pratiques existantes²²⁹ n'aurait plus lieu d'être, puisqu'une définition générale permettrait d'appréhender l'ensemble des pratiques qui sont déloyales, même si elles ne sont pas précisément visées dans la liste des pratiques qui sont réputées déloyales en toutes circonstances. Cette définition des pratiques commerciales qui doivent être regardées comme déloyales changera assurément la physionomie du Chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, qui pourra désormais être articulé autour de cette définition, puis d'une liste de pratiques réputées déloyales en toutes circonstances, à l'image de ce qui existe en droit de la consommation²³⁰. La définition des pratiques commerciales déloyales sera assurément la principale disposition nouvelle, issue de la transposition, mais une autre disposition aura pour conséquence une modification du rôle de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

547. La modification du rôle de la Commission d'examen des pratiques commerciales. La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) est prévue par l'article L. 440-1 du Code de commerce²³¹. Aujourd'hui, cette commission est compétente pour donner des avis ou des recommandations dans le domaine des pratiques commerciales, en

²²⁸ Cf. *Supra*, n°22, relativement à la définition, n°26 relativement au manque de cohérence des règles de la matière.

²²⁹ Cf. *Supra*, n°26.

²³⁰ Cf. la structure du Titre II du Livre 1^{er} du Code de la consommation, qui prévoit d'abord une définition des pratiques commerciales qui doivent être considérées comme déloyales entre professionnels et consommateurs (art. L. 120-1 C. conso.), puis qui prévoit une liste de pratiques qui doivent être considérées comme illicites (parmi lesquelles, art. L. 121-1 et s. concernant les pratiques commerciales trompeuses et art. L. 122-11 et s. concernant les pratiques commerciales agressives).

²³¹ Sur celle-ci, Cf. *Supra*, n°350 et s.

particulier sur la question de savoir si une pratique est conforme à la législation sur les pratiques restrictives de concurrence²³². Son rôle est également celui d'un « observatoire des pratiques commerciales »²³³. Cependant, elle ne peut être considérée comme une institution chargée de l'enquête et de la sanction des pratiques commerciales qui sont déloyales, ce rôle étant actuellement dévolu au juge. Accorder à la CEPC le pouvoir d'enquêter et de sanctionner les pratiques commerciales qui seraient déloyales apparaît comme une possibilité qui permettrait de disposer de l'autorité indépendante dont il est question dans les publications du législateur européen²³⁴, et qui la placerait comme le pendant de l'Autorité de la concurrence, qui elle-même a le pouvoir d'enquêter et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles²³⁵. Pour autant, cela imposerait aux parties de saisir parallèlement le juge en matière de pratiques commerciales entre professionnels, puisque celui-ci resterait conjointement compétent, en particulier concernant l'indemnisation du préjudice²³⁶, ou le sort du contrat²³⁷. De plus, alors même que nombre de ces pratiques s'analysent en des clauses contractuelles ou en des comportements mis en œuvre à l'occasion de contrats, cela confierait un contentieux contractuel à la CEPC. Or, la matière contractuelle ressort, dans sa quasi-totalité²³⁸, de la compétence du juge, qui est notamment chargé de veiller au respect des règles d'ordre public. Ainsi, les institutions du droit de la consommation, amenées à se prononcer sur des contrats comme la Commission des clauses abusives, ne sont pas ou peu²³⁹ amenées à connaître de contrats individuels²⁴⁰, et ne peuvent pas sanctionner des clauses abusives, mais simplement recommander la suppression d'une clause qui est abusive²⁴¹, la sanction relevant du juge qui peut par ailleurs consulter la Commission²⁴². Le mode de fonctionnement de la CEPC est

²³² Cf. art. L. 440-1, V. al. 2 C. com.

²³³ Cf. art. L. 440-1, V, al. 3. C. com.

²³⁴ Cf. *Supra*, n°531.

²³⁵ Cf. *Supra*, n°351 et s.

²³⁶ En matière de pratiques anticoncurrentielles, le juge demeure compétent pour tirer les conséquences civiles de la pratique, et notamment pour réparer les préjudices subis, sur ce point, v. : Cass. com., 17 juil. 2001, n°99-13.407 et 99-13.535, Bull. civ., IV, n°144, où la Cour considère que « le Conseil de la concurrence, chargé de la protection de l'ordre public économique, n'est pas compétent pour réparer le préjudice éventuellement subi par les parties qui le saisissent et qui [...] peuvent saisir les juridictions civiles et répressives d'une action en indemnisation ».

²³⁷ En matière de pratiques anticoncurrentielles, le juge demeure également compétent pour constater la nullité d'un contrat, sur ce point, v. : CJCE, 28 fév. 1991, aff. C-234/89, *Delimitis c. Henninger Bräu AG*, spéc. n°55.

²³⁸ Il est difficile de trouver un domaine de la matière contractuelle, même issue du droit spécial, qui échappe à la compétence du juge, et qui aurait été dévolu entièrement à une autorité administrative indépendante.

²³⁹ Cela demeure possible, en cas de saisine par un juge, relativement à un litige dont celui-ci est saisi.

²⁴⁰ Cf. art. L. 822-4 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. 534-1 C. conso.).

²⁴¹ Art. L. 822-6 C. conso. (Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. L. 534-3 C. conso.).

²⁴² V. par ex. : avis de la Commission des clauses abusives n°13-01 relatif à un contrat de crédit à la consommation, où la commission est saisie par un juge appelé à connaître d'une clause dont le caractère abusif était soulevé.

d'ailleurs relativement proche de cette Commission des clauses abusives²⁴³. Compte tenu du dessaisissement du juge qu'impliquerait la reconnaissance à la CEPC d'une compétence de sanction et d'enquête concernant les pratiques commerciales déloyales, et même si une telle compétence peut être souhaitable, il semble qu'il faille limiter la modification du rôle de cette institution au développement de bonnes pratiques, même si ce rôle doit également pouvoir s'étendre à l'initiative nationale volontaire dont le développement a été prôné par la Commission européenne²⁴⁴. Le rôle de la CEPC de communiquer relativement à des bonnes pratiques commerciales n'est pas fondamentalement nouveau²⁴⁵, mais pourrait faire partie de ses attributions. Le fait de voir la CEPC comme pouvant faire partie intégrante de l'initiative volontaire européenne en matière de pratiques commerciales déloyales ne serait pas non plus fondamentalement nouveau, puisqu'il est déjà possible, pour une entreprise, de soumettre à la commission, une pratique commerciale, afin qu'il soit statué, par la CEPC sur la conformité ou non de la pratique à la réglementation, tout comme cela est le cas dans les initiatives relevées par la Commission européenne, notamment en Belgique. La seule différence est la possibilité que cette institution devienne une instance d'arbitrage ou de médiation en matière de pratiques commerciales déloyales, ce qui, actuellement, n'est pas prévu s'agissant de la CEPC²⁴⁶. Une loi pourrait alors prévoir que la CEPC prenne une fonction, en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, de médiation dans les litiges entre professionnels²⁴⁷. Pour filer

²⁴³ Cf. *Supra*, n°360 et s.

²⁴⁴ Rapport de la Commission au Parlement européen et au conseil du 29 janv. 2016 sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, précité, p. 14, même si ce développement est notamment prôné dans les Etats qui ne disposent pas d'un cadre réglementaire concernant les pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

²⁴⁵ Cf. *Supra*, n°351.

²⁴⁶ Cependant, ce rôle était prévu pour faire partie des attributions de la CEPC, lors de sa création, et son abandon par le législateur a pu être regretté par une partie de la doctrine. Sur ce point, v. : J.- Y. Le Déaut : *Rapport d'information sur l'évolution de la distribution*, Assemblée nationale, Commission de la production et des échanges, conclusions des travaux d'une mission d'information présidée par J.- P. Charié, 11 janv. 2000, spéc. p. 261 où est préconisée la création d'une « commission d'arbitrage des pratiques abusives » ; D. Guével : « Quelques aspects de la loi « NRE » en matière de concurrence », *Gaz. Pal.*, 30 mai 2002, n°150, p. 36, où l'auteur, qui reprend le motif qui a poussé les députés à ne pas retenir la proposition de faire de la Commission un organe d'arbitrage (« on voyait mal « comment les fournisseurs qui hésitent aujourd'hui à porter leurs conflits de manière anonyme devant l'administration accepteraient d'aller devant une commission d'arbitrage où seraient présents l'ensemble des distributeurs »), critique cette décision, estimant que l'arbitrage est justement de tradition secrète (il est possible d'observer que la motivation de l'Union européenne pour se montrer en faveur d'une telle mission est identique, mais aboutit à une conclusion inverse) ; S. Lebreton : « La commission d'examen des pratiques commerciales : une occasion manquée pour la médiation », *P. Aff.*, 26 août 2002, n°170, p. 26, où l'auteur, après avoir relevé que la médiation est absente des textes relatifs à la CEPC, montre que des possibilités de médiations paraissent possibles, étant donné que les « avis pourront être appréciés par les parties à une relation contractuelle comme une puissante incitation à poursuivre cette relation en modifiant tel ou tel comportement afin d'éviter d'être condamné pour pratique abusive ».

²⁴⁷ V. pour un ex. de médiation prévue dans des contrats, notamment en cas d'apparition de pratiques commerciales déloyales, spécifiquement dans les relations entre les agriculteurs et leurs partenaires, v. : le médiateur des contrats, spécifique aux relations commerciales agricoles, prévu par les art. D. 631-1 et s. C. rural et

la comparaison avec le droit de la consommation, il se pourrait que cette fonction puisse ressembler, en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, à celle qui a été récemment prévue, de manière générale, pour les litiges entre professionnels et consommateurs²⁴⁸. Pour autant, il semble que cette nouvelle mission de la CEPC ne puisse pas être, à proprement parler, considérée comme la transposition stricte de la directive, mais davantage comme une disposition nouvelle qui ne serait pas issue de la transposition. A ce titre, il conviendrait, pour le législateur de modifier les missions de la CEPC par une loi distincte, par exemple relative à la médiation dans les relations entre professionnels. Cependant, la transposition d'une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels pourrait être l'occasion, pour le législateur français, de prévoir des dispositions qui, sans être issues de la directive, pourraient en préciser les règles.

b. Les dispositions nouvelles non-issues de la transposition.

548. Questions posées par une réglementation relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La réglementation relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels doit permettre au législateur d'aborder des questions qui, sans faire l'objet d'une disposition de la directive, se posent en présence d'une telle législation. Cette réglementation étant de droit spécial du contrat, il semble que ces questions doivent être résolues conformément au droit commun des contrats. Néanmoins, deux questions paraissent pouvoir être résolues lors de la transposition de la directive, celle du sort des clauses qualifiées de pratiques commerciales déloyales, mais aussi celle des actes mixtes, qui ne sont que pour partie conclus entre professionnels.

549. Le sort des clauses qualifiées de pratiques commerciales déloyales. *A priori*, le sort des stipulations qui sont contraires à une réglementation d'ordre public, comme celle relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, semble relever de l'évidence en ce qu'elles doivent être considérées comme nulles. Il s'agit de l'application de

de la pêche maritime, issus d'un décret n°2015-548 du 18 mai 2015 relatif au médiateur des relations commerciales agricoles.

²⁴⁸ Cf. Ord. n°2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, transposant la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, et créant un Titre V, au sein du Livre 1^{er} du Code de la consommation, intitulé « Médiation des litiges de la consommation ». Cette médiation ne peut s'appliquer aux litiges entre professionnels (art. L. 151-3 C. conso.); *Adde* : Décret n°2015-1382 du 30 oct. 2015 relatif à la médiation des litiges de consommation.

l'article 6 du Code civil²⁴⁹. Ce texte a en effet pu servir de fondement au prononcé de la nullité de certaines stipulations ou contrats qui sont contraires à l'ordre public, dans le silence des dispositions spécifiques sur la question de la nullité²⁵⁰. Pour autant, le raisonnement ne semble pas systématique, et il a pu être considéré, concernant d'autres contrats conclus à la suite de la violation d'une règle d'ordre public, que ceux-ci ne pouvaient être considérés comme nuls, sauf à démontrer un vice du consentement²⁵¹. Ces divergences jurisprudentielles invitent à la prudence, en ne considérant pas, de manière automatique, lorsque la loi ne le prévoit pas spécifiquement, une clause ou un contrat comme nuls, en raison de la violation d'une règle d'ordre public. Au-delà, elles peuvent être de nature à inviter le législateur à prévoir une sanction de nature contractuelle lorsqu'il prévoit des règles spéciales d'ordre public relatives à des obligations contractuelles. Souvent, de telles règles sont accompagnées de sanctions²⁵², mais il apparaît que ces sanctions de nature contractuelle ne sont actuellement prévues que pour certaines pratiques restrictives de concurrence²⁵³. Pour d'autres, la nullité ne peut être

²⁴⁹ Cf. art. 6 C. civ. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

²⁵⁰ V. par ex. en matière de réglementation relative au démarchage à domicile entre professionnels et consommateurs, dont les textes sont d'ordre public mais ne prévoient qu'une sanction pénale et non la nullité du contrat : Cass., 1^{ère} civ., 7 oct. 1998, n°96-17.829, Bull. civ., I, n°290, où la Cour de cassation précise que la nullité du contrat peut, outre la sanction pénale, être obtenue sur le fondement de l'art. 6 C. Civ. ; JCP, G, 1999, II, 10039, note sous arr. S. Gervais ; Sur cet arrêt, v. aussi : J. Mestre : « D'importantes précisions sur les cas de nullité du contrat », RTD Civ. 1999, p. 383 ; En matière d'obligation d'information du consommateur, dont les textes sont d'ordre public mais dont la sanction est de nature pénale : Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2004, n°01-11.823, Bull. civ., I, n°303, qui précise que la nullité du contrat conclu à la suite d'un manquement à l'obligation d'information peut être recherchée sur le fondement de l'art. 6 C. civ. ; D. 2005, p. 75, note C. Rondey ; JCP, G, 2005, II, 10160, note sous arr. N. Rzepecki ; JCP, G, 2005, I, 141, spéc. n°19-26, note A. Constantin, *in* Chr. : « Droit des obligations », dir. J. Ghestin ; Dr. et Patr., 03/2005, n°135, p. 85, note sous arr. P. Chauvel ; RDC, n°2-2005, p. 323, note D. Fenouillet ; P. Aff., 7 sept. 2005, n°178, p. 16, note sous arr. E. Bazin ; Sur cet arrêt, v. aussi : RTD Civ., 2005, p. 389, note J. Mestre et B. Fages.

²⁵¹ V. par ex. : en matière d'obligation précontractuelle prévue par l'art. L. 330-3 C. com., et indéniablement d'ordre public : Cass. com., 21 nov. 2000, n°98-12.527 ; JCP, E, 2001, p. 712, note sous arr. L. Leveneur ; Il peut également sembler, en matière d'obligation d'information du professionnel envers le consommateur, que la nullité du contrat conclu après un manquement à cette obligation de la part du professionnel puisse être recherchée sur le fondement des vices du consentement, en démontrant en particulier les conditions de la réticence dolosive, la nullité n'étant pas prononcée de manière automatique, sur le fondement de l'art. 6 C. civ., en l'absence de démonstration de ces conditions, v. en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 2011, n°10-21.698 ; Gaz. Pal., 10 nov. 2011, n°314, p. 9, note Michel. Leroy.

²⁵² V. par ex. : la réglementation relative aux clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, qui prévoit expressément que les clauses créant un déséquilibre significatif sont réputées non écrites (art. L. 241-1, al. 1 C. conso. ; Cf., avant l'entrée en vigueur de l'ord. n°2016-301, anc. art. 132-1, al. 6 C. conso.) ; la réglementation sur les clauses créant un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion (art. 1171 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016) ; la réglementation sur les clauses qui privent l'obligation essentielle d'un contrat de sa substance (art. 1170 C. civ., tel qu'issu de l'ord. n°2016-131) ; la réglementation sur les clauses d'agrément en cas de redressement judiciaire (art. L. 631-19, II C. com.) ; la réglementation sur le droit au renouvellement du bail commercial (art. L. 145-15 C. com.).

²⁵³ La nullité de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence n'est prévue que pour celles visées par l'art L. 442-6, II C. com.

prononcée que si elle est demandée par certaines parties à l'instance²⁵⁴, alors qu'elle ne semble pas être prévue, de manière générale, pour toute clause ou contrat qui contient une pratique restrictive de concurrence²⁵⁵. Malgré l'œuvre de la doctrine qui paraît aller dans le sens de la possibilité d'une demande de nullité des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence lorsque celle-ci n'est pas expressément prévue²⁵⁶, il semble que les exemples jurisprudentiels qui l'admettent soient peu nombreux²⁵⁷, et qu'un arrêt a refusé cette nullité en raison du fait qu'elle n'était pas prévue par le texte²⁵⁸, alors que d'autres arrêts semblent opter pour la sanction du réputé non écrit²⁵⁹. Ainsi, la situation tend à être identique à celle qui existe pour d'autres dispositions de la loi qui ne prévoient pas expressément la nullité, c'est-à-dire qu'il faille la considérer comme possible, notamment sur le fondement de l'article 6 du Code civil ou des dispositions générales du droit des contrats, mais que les applications jurisprudentielles ne soient pas nécessairement aussi tranchées. La transposition d'une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels est indéniablement l'occasion pour le législateur de préciser le sort des clauses et des contrats qui sont qualifiés de telles pratiques. Il lui appartiendra alors de trancher entre la sanction de la nullité, qui serait alors étendue à toute la matière, en suivant les opinions doctrinales, ou celle du réputé non écrit, parfois appliquée en jurisprudence. Cette dernière sanction semble avoir eu la préférence

²⁵⁴ Cf. art. L. 442-6, III, al. 2 C. com. qui permet, en cas d'action du ministre chargé de l'économie ou du ministère public engagée en matière de pratiques restrictives de concurrence visées par l'art. L. 442-6 C. com., à ces parties de demander la nullité des clauses ou contrats illicites.

²⁵⁵ Hors le cas d'une action engagée par le ministre chargé de l'économie ou le ministère public, les pratiques restrictives de concurrence visées par l'art. L. 442-6, I C. com. ne sont sanctionnées que par la responsabilité civile de leur auteur, sanction qui se conçoit s'agissant d'un fait juridique, mais qui méconnaît la situation dans laquelle la pratique se matérialise par une clause ou par un contrat, en laissant potentiellement subsister ces clauses ou contrats, malgré la qualification de pratique restrictive de concurrence.

²⁵⁶ V. : C. Lucas de Leyssac, G. Parléani : « L'atteinte à la concurrence », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, études offertes à Jacques Ghestin, Paris : LGDJ, 2001, p. 601-616 spéc. p. 606 ; des mêmes auteurs : *Droit du marché*, Paris : PUF, coll. Thémis droit privé, 2002, spéc. p. 971 ; M. Chagny : « Quelles sanction(s) civile(s) pour les pratiques discriminatoires ? », note CA Versailles, 30 sept. 2004 (citée *Infra*) ; V. Sélinsky, J. Peyre : « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce », RLC, 2/2005, n°2, p. 114-121.

²⁵⁷ Sur ce point, v. : CEPC, avis n°14-02 du 13 fév. 2014 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive, qui reprend un certain nombre d'exemples jurisprudentiels où la nullité des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence a été prononcée par le juge, en l'absence de fondement spécifique, sur le fondement du droit commun des contrats (en particulier la cause) et de l'art. 6 C. civ. ; V. pour un arrêt ayant admis cette nullité : CA Rouen, 1^{ère} ch. civ., 12 déc. 2012, n°12/01200 ; Sur cet arrêt, v. : J.- L. Fourgoux, L. Djavadi : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du déséquilibre significatif », CCC, 2013, étude 14 ; Cf. *Supra*, n°343.

²⁵⁸ CA Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} section, 30 sept. 2004, n°01/07008 ; RLC, n°1/2004, n°1, p. 112-113, note M. Chagny.

²⁵⁹ Cette sanction n'étant pas davantage prévue par le texte ; v. par ex. : CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n°11/08674 ; CCC, 2013, comm. 208, note N. Mathey.

du législateur moderne²⁶⁰, par exemple, dans sa récente réforme du droit des obligations, en particulier lorsqu'il prévoit des règles relatives aux clauses d'un contrat et que son objectif est de neutraliser l'effet d'une clause, par une fiction²⁶¹, sans porter atteinte à un contrat dans son ensemble²⁶². Or, en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, l'objectif pourra apparaître identique, c'est-à-dire qu'il conviendra de sanctionner et de mettre fin aux pratiques déloyales, sans pour autant annuler des contrats ou des parties de contrats qui, par ailleurs, peuvent être relativement importants pour les parties²⁶³. Au contraire de la nullité partielle du contrat, qui peut simplement permettre le maintien de ce dernier, la sanction du réputé non écrit semble aller au-delà de la seule possibilité, et davantage impliquer une survie nécessaire du contrat²⁶⁴, tout en étant, au contraire de la nullité, une sanction de plein droit²⁶⁵, que le juge constate²⁶⁶. Cet aspect permet d'insérer cette sanction comme un complément de l'action en responsabilité civile qui peut être engagée en cas de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La nature de l'action est ainsi inchangée, mais la loi peut prévoir que le juge puisse constater le caractère non écrit des stipulations qu'il a qualifiées de pratiques commerciales déloyales. Son office en matière de clauses qualifiées de pratiques commerciales déloyales entre professionnels n'est ainsi pas fondamentalement différent de celui qui est le sien pour d'autres pratiques : il consiste à qualifier une pratique, la qualification rejaillissant éventuellement sur une ou plusieurs clauses, qu'il réputera non écrites. De même, la question de la survie du contrat pourra être dépassée par l'adoption de cette sanction, ou plutôt recevoir une réponse objectivement positive, alors qu'un régime de nullité pose immédiatement la question de l'extension de cette nullité à l'ensemble du contrat, en particulier lorsque la clause est indispensable à celui-ci. La survie du contrat n'empêche pas, par ailleurs,

²⁶⁰ Cette préférence semble consacrer un mouvement amorcé au XX^e siècle, alors même que le Code civil de 1804 n'en faisait mention qu'une seule fois, relativement aux conditions impossibles dans les libéralités ; V. en ce sens : S. Gaudemet : *La clause réputée non écrite*, th., préf. Y. Lequette, Paris : Economica, Coll. Recherches juridiques, 2006, n°1.

²⁶¹ V. sur ce point : J. Kullmann : « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, p. 59 ; G. Arbant-Michel : *Les relations entre les clauses et le contrat*, th. dactyl. dir. D. Ferrier, Université de Montpellier I, 2001, n°477, où l'auteur évoque le terme « gommage » pour expliquer que la clause réputée non écrite est « censée n'avoir jamais existé, n'avoir jamais été rédigée ».

²⁶² Cf. not. : les récentes règles relatives aux clauses qui vident l'obligation de sa substance, et aux clauses créant un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion, prévues par les art. 1170 et 1171 C. civ., et devant entrer en vigueur au 1^{er} oct. 2016 ; Sur cette « politique du maintien du contrat », v. : G. Arbant-Michel : *op. cit.*, n°471 et 494 et s. ; S. Gaudemet : *op. cit.*, n°47 et s.

²⁶³ V. déjà, sur la nécessité d'une sanction de ce type pour les contrats entre professionnels : G. Ripert : « L'ordre économique et la liberté contractuelle » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II : *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 347 à 353 ; *Adde.* : S. Gaudemet : *op. cit.*, n°54 et s.

²⁶⁴ V. en ce sens : S. Gaudemet : *op. cit.*, n°106 et s.

²⁶⁵ *Idem*, n°129 et s.

²⁶⁶ *Idem*, n°149 et s.

une renégociation de celui-ci par les parties pour que soit adoptée une clause en remplacement de celle qui est réputée non écrite. Finalement, la question d'une règle relative au sort des clauses qualifiées de pratiques commerciales déloyales implique de les considérer comme réputées non écrites, le choix se portant alors sur la sanction qui n'est pas actuellement prévue par la matière. Cette modification législative doit, par ailleurs, pouvoir s'appliquer pour l'ensemble des pratiques commerciales déloyales, de sorte que les pratiques actuellement sanctionnées, si elles s'incarnent en des clauses ou des contrats, par la nullité, pourraient l'être par leur caractère réputé non écrit, ce qui n'a pas nécessairement besoin de faire l'objet d'une demande en justice²⁶⁷. L'unification du régime des pratiques pourra alors être l'une des avancées issues de la transposition de la directive, ce régime s'articulant autour de la sanction principale, de nature réparatrice, l'engagement de la responsabilité civile, et de sanctions accessoires, comme la constatation du caractère non écrit des stipulations qualifiées de pratiques commerciales déloyales, ou les sanctions spécifiques pouvant être demandées par le ministre chargé de l'économie ou le ministère public, et visant plus spécifiquement à la répression des pratiques déloyales. Une autre question à laquelle pourrait répondre la transposition d'une directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels est celle des actes mixtes.

550. La question des actes mixtes. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels constituent un droit spécial du contrat, dont le critère d'application n'est pas une qualification contractuelle, mais la présence d'une partie, le professionnel. En cela, cette matière est semblable au droit de la consommation qui, pareillement, ne fonde pas son application sur un contrat particulier, mais sur la présence d'un professionnel et d'un consommateur dans un rapport contractuel, et sur la satisfaction, par le contrat, d'un besoin personnel²⁶⁸. Une des problématiques posées par ce critère d'application d'un droit spécial est celle relative aux actes mixtes, c'est-à-dire ceux qui sont conclus à la fois pour des besoins professionnels, mais aussi personnels. En réalité, la question est similaire à celle qui a pu se poser en droit de la consommation²⁶⁹. Dans cette matière, il a été considéré que le droit de la consommation peut s'appliquer à des actes mixtes, seulement si l'aspect professionnel est

²⁶⁷ Au contraire de l'actuelle sanction en nullité, qui doit être demandée, en particulier par le ministre chargé de l'économie ou le ministère public, lorsque ceux-ci sont à l'origine de l'action en matière de pratiques restrictives de concurrence visées par l'art. L. 442-6 C. com.

²⁶⁸ Cf. art. préliminaire C. Conso.

²⁶⁹ La question s'est également posée en droit commercial, s'agissant des actes qui sont commerciaux pour une partie et civils pour l'autre, même s'il faut reconnaître qu'en matière de droit de la consommation ou de pratiques commerciales déloyales, le problème n'est pas exactement identique puisque la nature de l'acte n'est pas différente selon la partie, mais selon le cadre professionnel ou non de l'acte.

« marginal, au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence »²⁷⁰. Il est possible de déduire de cette considération que lorsque le besoin professionnel est prédominant dans un contrat, mais que l'aspect personnel existe, le droit de la consommation ne s'applique pas. La question qui se pose alors est celle de l'application du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. A l'évidence, ce droit, qui s'applique aux contrats conclus entre professionnels, doit s'appliquer si l'aspect professionnel d'un contrat est prédominant. Cette solution n'est pas fondamentalement innovante puisqu'il ne s'agit que d'une application de la théorie de l'accessoire, par ailleurs consacrée en droit commercial, concernant les actes de commerce²⁷¹. La loi de transposition de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales pourra faire une référence à cette théorie, et disposer qu'elle réserve son application aux contrats conclus dans le cadre d'une activité professionnelle, ou qui satisfont principalement un besoin professionnel. La précision aura le principal intérêt de concentrer le contentieux éventuel sur les pratiques elles-mêmes, soit sur le fond, et non sur la question liminaire de la qualification des parties aux contrats.

551. Conclusion du paragraphe. La consécration de la sanction des pratiques commerciales déloyales entre professionnels par une directive passe nécessairement par la question de la transposition de cette directive au niveau interne, et de son insertion au sein des dispositions actuelles du Code de commerce. A la suite de cette transposition, il faut d'abord relever que la structure du Titre IV du Livre IV n'est pas fondamentalement modifiée. Les dispositions relatives à la transparence²⁷², ainsi que celles relatives aux délais de paiement²⁷³,

²⁷⁰ CJCE, 21 janv. 2005, aff. C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG ; RJC, 05/2005, n°3, p. 256-264, note A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; Europe, 2005, comm. 104 : « Notion de contrat conclu par les consommateurs », note L. Idot ; V. déjà, également en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000, n°98-18.743, Bull. civ., I, n°216 ; D. 2000, p. 374, note C. Rondey ; CCC, 2000, comm. 182, note sous arr. G. Raymond.

²⁷¹ Sur cette théorie, V. par ex. F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément : *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 11^{ème} éd., Paris : Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2015 n°43 et s.

²⁷² Ces règles font l'objet des art. L. 441-1 et s. C. com., et se traduisent non pas par la sanction de pratiques, mais par l'édition d'un certain nombre d'obligations à la charge des professionnels, par exemple celle d'établir une facture (art. L. 441-3), celle de communiquer des conditions générales de vente (art. L. 441-6), ou encore celle d'établir par écrit une convention qui reprenne les obligations auxquelles les parties se sont engagées (art. L. 441-7 à L. 441-9). Ces règles apparaissent comme indispensables à la sanction des pratiques commerciales déloyales, puisqu'elles assurent la transparence, en permettant notamment l'étude des conditions générales de vente, ou des conventions écrites, et des pratiques qu'elles peuvent faire apparaître.

²⁷³ Ces règles font l'objet des art. L. 443-1 et s. C. com., et sont issues d'une directive européenne différente, la directive 2011/7/UE, précitée. Le champ d'application de ces dispositions est plus étendu que celui des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, et les sanctions sont nécessairement adaptées au retard de paiement. Il est ainsi compréhensible de traiter cette question à part des pratiques commerciales déloyales proprement dites, sous l'appellation « autres pratiques prohibées », puisqu'il n'est notamment pas indispensable qu'elles soient déloyales pour faire l'objet d'une sanction.

incluses dans les actuelles « autres pratiques prohibées » demeurent inchangées. Le Chapitre II de ce Titre sera modifié par la transposition, en particulier dans sa forme. En effet, ce Chapitre est appelé à voir son intitulé modifié, et l'ensemble de ses dispositions réorganisées. Le Chapitre III pourra également être modifié, également pour que son intitulé corresponde davantage à son contenu, et pour intégrer des pratiques qui actuellement sont incluses dans le Chapitre II mais qui s'analysent davantage comme des pratiques réglementées que comme des pratiques déloyales. Pour autant, il semble qu'il ne faille pas se méprendre sur l'ampleur de cette transposition et sur les modifications de la loi française. Il convient de garder à l'esprit que la loi française contient déjà un certain nombre de dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, sous le titre des pratiques restrictives de concurrence actuelles. La définition générale qui fait actuellement défaut serait la principale avancée issue de la transposition de la directive, puisque les autres dispositions pourraient en sortir assez peu modifiées. Pour autant, la transposition invite d'abord à la suppression des pratiques restrictives de concurrence pénalement sanctionnées, et répondant à d'autres objectifs, mais aussi à prendre la mesure de l'appréhension de clauses sur le fondement des actuelles pratiques restrictives de concurrence. Nombre de ces pratiques se traduisent par la stipulation de clauses, et les pratiques commerciales déloyales entre professionnels ne peuvent s'abstenir de prendre en considération cette dimension contractuelle des pratiques. Le fait que des pratiques puissent se traduire par des clauses ne modifie pas leur sanction, qui est, comme pour tout fait juridique dommageable, l'engagement de la responsabilité civile. Cette sanction n'est pas spécifique, et suppose la caractérisation d'une pratique déloyale, la faute, celle d'un préjudice causé par cette pratique, et celle d'un lien de causalité entre la pratique et le préjudice. Il faut néanmoins rappeler qu'une pratique commerciale déloyale entre professionnels peut être sanctionnée en l'absence de tout préjudice, non pas par l'action en réparation du préjudice, mais par l'action du ministre de l'économie ou du ministère public, et les sanctions spécifiques qu'ils peuvent demander, notamment l'amende civile. Il faut également garder à l'esprit que si la pratique se matérialise par une clause contractuelle, il conviendra de réputer cette clause non-écrite, afin que la sanction de la pratique produise tout son effet, dont celui de faire cesser ladite pratique. Finalement, la loi de transposition de la directive permet à la matière de prendre une nouvelle dimension, en s'appuyant sur son contenu actuel, et en l'adaptant lorsque cela est nécessaire, pour permettre une meilleure intégration législative des clauses actuellement qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

552. Conclusion de la section. L'ambivalence actuelle de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence peut s'analyser comme le reflet de l'ambivalence de la contestation de l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence. La sortie de cette ambivalence passe alors nécessairement par une meilleure intégration législative de l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence, dont un certain nombre peuvent se matérialiser par des clauses contractuelles. Cette meilleure intégration législative peut passer par une harmonisation de la matière au niveau de l'Union européenne. Cette harmonisation est sous-jacente dans les dernières publications du législateur européen²⁷⁴, et il ne fait guère de doutes qu'elle adviendra dans les prochaines années. Il apparaît que la méthode à suivre doit être celle de l'harmonisation minimale, qui permettra à l'Union européenne de s'assurer que tous les états membres disposent d'une réglementation en la matière, en leur laissant la liberté de prévoir des dispositions supplémentaires. De même, il convient, au contraire des dernières publications, de ne pas limiter l'action à la seule chaîne d'approvisionnement alimentaire, étant donné que des pratiques commerciales déloyales peuvent exister dans d'autres secteurs. La conséquence d'une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels est une loi de transposition. En France, cette loi impliquera un certain nombre de modifications, et permettra de parler de pratiques commerciales déloyales entre professionnels et non plus de pratiques restrictives de concurrence. Pour autant, la France demeure à l'avant-garde dans ce domaine, et bon nombre des règles appelées à faire partie intégrante de la directive se trouvent déjà être consacrées en droit français. Il ne faut pourtant pas nier la modification, dont l'intérêt est également pour cette matière d'assumer son statut de droit spécial du contrat, tendant à la sanction de comportements déloyaux de certains professionnels, et venant préciser le principe général de loyauté qui existe en droit commun des contrats. Cette dimension de la matière implique une clarification des définitions et des sanctions, en particulier lorsqu'un contrat est touché par la pratique critiquée. C'est ainsi qu'après avoir posé les conditions d'une meilleure intégration législative, il convient de les mettre à l'épreuve par une proposition, nécessairement double, relative au contenu de cette meilleure intégration.

²⁷⁴ Cf. not. : Livre vert du 31 janv. 2013 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, précité ; Communication de la Commission du 15 juil. 2014 : « lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises », précité ; Projet de rapport du Parlement Européen du 6 juil. 2015 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire », précité ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016 sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, précité.

SECTION 2 : LE CONTENU D'UNE MEILLEURE INTEGRATION LEGISLATIVE.

553. Propositions. La meilleure intégration législative des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence passe par un changement de dénomination auquel il convient de ne pas se limiter. Cette meilleure intégration s'inscrit en réalité dans le cadre d'une réflexion plus large, englobant l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence actuelles, dont elles font partie. L'ambivalence actuelle de la contestation de ces pratiques, alliée à l'intérêt croissant du législateur européen pour une harmonisation dans ce domaine ne peut qu'inviter à la réflexion quant au contenu de celle-ci (§1), alors que, dans un second temps, se posera la question de la transposition en droit interne, et des modifications qu'elle impliquera (§2).

§1 : Le contenu de la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

554. Proposition de directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Après avoir considéré à la fois comme possible et souhaitable l'adoption d'une directive européenne d'harmonisation minimale relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, il paraît indispensable de se demander quel pourrait être la teneur de cette directive. A titre liminaire, il convient d'organiser les dispositions de la directive selon un plan. Pour ce faire, il est possible de se référer aux principales directives intervenues ces dix dernières années dans le domaine de la protection du consommateur. En prenant connaissance de ces directives récentes, intervenues en la matière, il est possible de constater qu'elles obéissent à un plan similaire²⁷⁵, apparent²⁷⁶ ou non²⁷⁷, divisé en trois parties, d'abord les

²⁷⁵ V., adoptant ce plan, par ex. : Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ; Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avr. 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs ; Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs ; Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation ; Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janv. 2016 sur la distribution d'assurances ; *Adde*, dans un domaine différent de celui de la protection des consommateurs, et plus proche de celui des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative ; Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 fév. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

²⁷⁶ V., faisant apparaître le plan : Directive 2005/29/CE ; Directive 2011/83/UE ; Directive 2013/11/UE ; Directive (UE) 2016/97.

²⁷⁷ V., adoptant ce plan, mais de manière non-apparente : Directive 2006/114/CE ; Directive 2009/22/CE ; Directive 2011/7/UE.

dispositions générales (A), puis les dispositions spécifiques à l'objet de la directive (B), et enfin les dispositions finales (C).

A. Dispositions générales.

555. Annonce. Au sein des dispositions générales, les directives précisent leur objet (1), les définitions indispensables à leur application (2), ainsi que leur champ d'application (3).

1. L'objectif de la directive.

556. Objet. La première disposition de la directive pourra préciser son objectif. Dans cette disposition, il pourra être fait référence au fondement de la compétence de l'Union européenne pour légiférer dans cette matière, c'est-à-dire le bon fonctionnement du marché intérieur, visé par l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le marché intérieur « comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités »²⁷⁸. La liberté de circulation permet notamment aux entreprises de contracter librement avec des entreprises établies dans d'autres états membres. Elle suppose alors que les obstacles à cette liberté soient levés, en particulier celui relatif au coût que représente actuellement la nécessité pour elles de prendre connaissance des règles nationales applicables aux pratiques commerciales déloyales²⁷⁹. Plus généralement, il s'agit de développer des pratiques loyales dans l'ensemble de l'Union européenne, et d'adopter des règles uniformes relatives aux pratiques commerciales déloyales. Dans l'objectif d'une meilleure intégration législative des actuelles clauses qui peuvent recevoir la qualification de pratique commerciale déloyale, il conviendra également de préciser que les pratiques commerciales déloyales dont il est question dans la directive peuvent notamment être mises en place à l'occasion de contrats, au stade de leur négociation, de leur conclusion, de leur exécution, ou de leur rupture. Cette première disposition s'analyse alors avant tout comme l'expression de l'esprit de la réglementation contenue dans la directive, dont il est possible de proposer une rédaction.

²⁷⁸ Art. 26, §2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²⁷⁹ Etant précisé que la majorité des états membres ont adopté des règles applicables aux relations entre professionnels dans ce domaine, sur ce point, Cf. : Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 29 janv. 2016 sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire COM (2016) 32 final.

557. Article 1^{er} : « L'objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et de lutter contre les pratiques commerciales déloyales qui peuvent être mises en œuvre entre professionnels, notamment à l'occasion de contrats, en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats membres relatives aux pratiques commerciales déloyales mises en œuvre par des professionnels, qui portent atteintes aux intérêts d'autres professionnels ».

2. Les définitions de la directive.

558. La notion de pratique commerciale. La directive devra préciser ce qu'il convient d'entendre par « pratique commerciale ». Il s'agit de définir les pratiques qui entrent dans le champ d'application de la directive, étant précisé qu'*a priori*, ces pratiques sont légales. Elles ne deviennent critiquables que lorsqu'elles sont déloyales au sens des dispositions de la directive. La définition des pratiques commerciales entre professionnels constitue assurément une innovation de la directive, en ce que le législateur européen, dans ses différents actes consacrés aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels, n'a pas eu l'occasion de définir, de manière générale, les pratiques dont il est question, puisqu'il s'est concentré davantage sur celles qui sont déloyales²⁸⁰. La définition de la pratique commerciale devra ainsi mettre en évidence le fait qu'il s'agit d'un comportement, mis en œuvre dans le cadre d'une relation entre professionnels, en particulier lorsque cette relation est fondée sur un ou plusieurs contrats. L'analyse de la pratique comme un comportement justifiera son appréhension par les dispositions de la directive définissant et sanctionnant les pratiques qui sont déloyales, même si la pratique a eu pour effet la stipulation d'une clause. L'appréhension concerne alors le comportement, la clause n'étant touchée que par ricochet. Outre la notion de pratique commerciale, la directive devra rappeler ce qu'il convient d'entendre par « professionnel ».

559. La notion de professionnel. La directive devra également définir la notion de professionnel. Cette définition ne pose guère de difficulté, étant donné que le législateur européen a déjà pu définir cette notion, en particulier dans ses actes pris en matière de protection du consommateur, face au professionnel. Il s'agit alors de reprendre cette définition, ce qui doit permettre d'éviter de donner un contenu différent à la notion.

560. Article 2 : Définitions. Au sens de la présente directive, on entend par : (a) « pratique commerciale » : « tout comportement, notamment les actions, omissions, conduites,

²⁸⁰ Cf. *Supra*, n°527.

démarches et communications qui sont mis en œuvre par un professionnel à l'égard d'un autre professionnel, en particulier à l'occasion de la négociation d'un contrat, de sa conclusion, de son exécution ou de sa rupture » ; (b) « professionnel » : « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

3. Le champ d'application de la directive.

561. Etendue de la directive. La précision relative au champ d'application de la directive est l'occasion pour le législateur européen de ne pas limiter le texte aux seules relations entre entreprises de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, alors qu'il s'est concentré sur les pratiques mises en œuvre dans ce secteur, lors de ses dernières publications²⁸¹. La disposition relative au champ d'application peut également préciser que les dispositions de la directive s'appliqueront sans porter préjudice aux dispositions prévues par des directives existantes. D'abord, les règles prévues par la directive relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales²⁸². Cette directive prévoit la sanction de pratiques abusives à l'égard d'un créancier²⁸³. Ces pratiques pourraient entrer dans la définition des pratiques commerciales déloyales au sens de la directive à venir. Pourtant, l'efficacité de la lutte contre les retards de paiement commande de ne pas s'attarder sur le caractère déloyal ou non de la pratique, mais davantage sur l'abus qui est commis à l'égard du créancier. C'est pourquoi ces dispositions relatives à la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales doivent pouvoir être considérées comme devant rester extérieures à la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Ensuite, les règles prévues par la directive relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative²⁸⁴. Les publicités peuvent être considérées comme des pratiques au sens de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Ces pratiques peuvent être déloyales, en particulier lorsqu'il s'agit de publicité trompeuse ou de publicité comparative qui ne

²⁸¹ Alors que le Livre vert de la Commission du 31 janv. 2013 portait sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe (COM (2013) 37 final), les publications postérieures se sont concentrées sur la chaîne d'approvisionnement alimentaire, v. : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 15 juil. 2014 : « lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises » (COM (2014) 472 final ; Projet de rapport du Parlement européen, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du 6 juil. 2015 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI)) ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire.

²⁸² Ces règles sont prévues par la directive 2011/7/UE, précitée.

²⁸³ Art. 7 de la directive 2011/7/UE.

²⁸⁴ Ces règles sont prévues par la directive 2006/114/CE du 12 déc. 2006, précitée.

respecteraient pas les dispositions de la directive de 2006. S'agissant de ces conditions, il convient de réserver l'application de ce texte qui, plus précis, constitue un droit spécial par rapport aux dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales, dont l'application doit primer, en raison du principe selon lequel la loi spéciale déroge à la loi générale.

562. Article 3 : Champ d'application. « (1) La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis d'autres professionnels. (2) En cas de conflit entre les dispositions de la directive et d'autres règles de droit de l'Union européenne régissant des pratiques commerciales déloyales, ces autres règles priment et s'appliquent, notamment s'agissant des pratiques visées par la directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, ou de celles visées par la directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales ».

B. Pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

563. Prohibition des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La deuxième partie de la directive est celle qui contiendra les règles relatives à la prohibition des pratiques commerciales entre professionnels qui sont déloyales. Cette prohibition suppose une définition des pratiques déloyales²⁸⁵, et pourra être accompagnée d'une référence à une liste de pratiques qui sont réputées déloyales, liste qu'il sera possible de retrouver en Annexe. La méthode est ainsi proche de celle qui a été appliquée par la directive de 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs²⁸⁶. Cette directive prévoit d'abord une interdiction des pratiques qui sont déloyales, puis prévoit une liste de pratiques qui sont réputées déloyales en toutes circonstances, dans son Annexe. Pour autant, dans les relations entre professionnels, s'agissant d'une directive d'harmonisation minimale, il conviendra de laisser aux Etats la possibilité de compléter la liste prévue par la directive, celle-ci reprenant les pratiques visées dans les publications du législateur européen²⁸⁷. De même, la liste des pratiques commerciales déloyales permet de poser une présomption simple concernant les pratiques visées, ce qui permet à l'auteur de la pratique d'apporter la démonstration qu'elle n'est pas déloyale. Enfin, puisqu'il s'agit d'une prohibition

²⁸⁵ Cf. *Supra*, n°529.

²⁸⁶ Directive 2005/29/CE, précitée.

²⁸⁷ Cf. : Livre vert du 31 janv. 2013, précité, spéc. p. 20 ; Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité, spéc. p. 5.

de ces pratiques, la directive pourra prévoir un cadre dans lequel devront s'inscrire les sanctions, tout en laissant aux Etats membres le soin de prévoir lesdites sanctions.

564. Article 4 : Pratiques commerciales déloyales : « Entre professionnels, sont déloyales les pratiques commerciales qui s'écartent de la bonne conduite commerciale en étant contraires aux principes de bonne foi et de loyauté, et qui sont imposées de manière unilatérale par un professionnel à un autre professionnel ».

565. Article 5 : Pratiques commerciales présumées déloyales. « L'Annexe I contient la liste des pratiques commerciales qui sont présumées déloyales. S'agissant des pratiques figurant sur cette liste, l'auteur de la pratique litigieuse conserve la possibilité de démontrer qu'elle ne s'analyse pas comme une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 4 de la présente directive. Outre les pratiques prévues par l'Annexe I, les Etats membres gardent la possibilité de prévoir d'autres pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances ».

566. Article 6 : Sanctions. « Les Etats membres prévoient les sanctions applicables en cas de violation des dispositions de la présente directive, les autorités habilitées à les prononcer, ainsi que les mesures d'exécution de ces sanctions. Ces sanctions devront être efficaces, proportionnées et dissuasives ». « Les Etats membres veillent à ce que l'initiative de l'action en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels ne soit pas simplement accordée à celui au détriment duquel la pratique est mise en œuvre ».

567. Annexe I : Liste des pratiques commerciales présumées déloyales : « 1) Faire supporter indûment ou de manière déloyale ses propres coûts ou risques commerciaux par l'autre partie. 2) Demander ou obtenir un avantage sans fournir de contrepartie. 3) Modifier le contrat ou les clauses d'un contrat de manière unilatérale lorsque le contrat ne le permet pas expressément, dans des conditions équitables. 4) Mettre fin abusivement à une relation contractuelle, ou menacer d'y mettre fin pour obtenir un avantage ».

C. Dispositions finales.

568. Harmonisation minimale. Les dispositions finales des directives permettent de connaître le niveau de l'harmonisation entreprise par le texte, la date de son entrée en vigueur et celle à laquelle la transposition doit être intervenue dans les Etats membres. S'agissant du niveau d'harmonisation, il semble souhaitable que celle-ci soit minimale, pour obliger les Etats

membres qui ne disposent actuellement d'aucune législation spécifique aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels d'en adopter une, tout en laissant aux Etats membres disposant d'une telle législation, la possibilité d'une adaptation aux dispositions de la directive, si cela est nécessaire, tout en maintenant les dispositions existantes. L'harmonisation minimale permettra d'aboutir à un socle commun à tous les états membres en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels²⁸⁸.

569. Article 7 : Niveau d'harmonisation. « La présente directive ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les états membres de dispositions plus strictes visant à lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels ».

570. Article 8 : Rapport. « Au plus tard quatre ans après la date de la transposition de la présente directive, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport relatif à l'application de la présente directive. Ce rapport pourra être assorti de propositions de modification du contenu de la présente directive ».

571. Article 9 : Transposition. « Les Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard deux ans après son entrée en vigueur. Ils communiquent à la Commission le texte de la transposition ainsi que les dispositions de droit interne existantes ou adoptées postérieurement lorsqu'elles entrent dans le champ d'application de la présente directive ».

572. Article 10 : Entrée en vigueur. « La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant sa publication au Journal officiel de l'Union européenne ».

573. Article 11 : Destinataires. « Les Etats membres sont les destinataires de la présente directive ».

574. Conclusion du paragraphe. Les intérêts d'une harmonisation européenne des règles essentielles relatives aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels sont nombreux. Outre le fait que l'ensemble des professionnels seront soumis à des règles similaires en la matière, il s'agit également de concrétiser une volonté européenne d'agir qui est sans

²⁸⁸ Sur ce point, Cf. *Supra*, n°523.

cesse rappelée depuis quelques années²⁸⁹. L'harmonisation permet également l'adoption d'une définition unique des pratiques commerciales déloyales dans l'ensemble de l'Union européenne, alors que cette définition peut actuellement varier selon les états membres²⁹⁰. La directive pourrait avoir un autre intérêt, à l'occasion de sa transposition en droit interne français, celui de donner au droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels français une dimension autre que celle qui est actuellement issue des pratiques restrictives de concurrence, tout en revoyant l'organisation du Chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

§2 : Le contenu de la loi de transposition interne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

575. Proposition d'une loi relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La transposition de la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels passe par l'adoption d'une loi, destinée à modifier les dispositions du Code de commerce, actuellement regroupées sous le titre « pratiques restrictives de concurrence ». Cette transposition induit d'abord un changement de l'esprit de cette réglementation, désormais détachée de son objectif initial de contrôle des prix. En ce sens, devront être abrogées les pratiques restrictives de concurrence consistant à se livrer à des opérations de revente à perte ou d'imposition d'un prix minimal de revente. Quant aux pratiques restrictives de concurrence, actuellement prévues par les articles L. 442-6 et suivants du Code de commerce, elles pourront subsister à l'issue de la transposition, même si elles s'analyseront désormais non plus comme des pratiques restrictives de concurrence *per se*, mais comme des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances entre professionnels. Seule les pratiques restrictives de concurrence consistant à vendre des produits sur le domaine public dans des conditions irrégulières, et consistant à ne pas respecter les règles relatives aux enchères inversées à distance semblent devoir intégrer le Chapitre III du Code de commerce, désormais consacré aux pratiques réglementées, c'est-à-dire celles qui ne sont pas prohibées en raison de leur caractère déloyal, mais en raison du non-respect des dispositions légales, étant donné qu'elle ne paraît pas pouvoir entrer dans la définition des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Ce Chapitre pourrait ainsi voir son titre modifié, afin de rendre compte du contenu de ses dispositions qui prohibent certaines pratiques

²⁸⁹ Cf. les publications, au rythme d'une par an, depuis 2013, mais aussi les publications précédentes, marquant déjà une volonté d'agir en matière de pratiques commerciales déloyales dans les relations entre professionnels. Sur celles-ci, cf. *Supra*, n°507.

²⁹⁰ Sur ce point, Cf. : Rapport de la Commission du 29 janv. 2016, précité.

si elles ne sont pas mises en œuvre dans les conditions prévues, soit en d'autres termes, des dispositions réglementant certaines pratiques. Aussi, la loi de transposition pourra être l'occasion d'une clarification des sanctions de ces pratiques. Il convient d'étudier le contenu de cette loi consacrée aux pratiques commerciales déloyales et aux pratiques réglementées entre professionnels.

576. Article 1^{er}. L'ensemble des dispositions du Chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce est abrogé.

577. Article 2. Au sein du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, le Chapitre II est intitulé « Des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ». Il est ainsi rédigé :

Article L. 442-1 :

I. Entre professionnels, sont déloyales les pratiques commerciales qui s'écartent de la bonne conduite commerciale en étant contraires aux principes de bonne foi et de loyauté, et qui sont imposées de manière unilatérale par un professionnel à un autre professionnel.

II. Les pratiques commerciales, au sens du présent chapitre, se définissent comme tout comportement, notamment les actions, omissions, conduites, démarches et communications qui sont mis en œuvre par un professionnel à l'égard d'un autre professionnel, en particulier à l'occasion de la négociation d'un contrat, de sa conclusion, de son exécution ou de sa rupture.

III. Les professionnels sont entendus, au sens du présent chapitre, comme toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit principalement ou exclusivement dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole.

Article L. 442-2 : Sont réputées déloyales, au sens de l'article L. 442-1, les pratiques consistant à :

- 1° : Soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;
- 2° : Obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ;
- 3° : Obtenir ou tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achats proportionné, et le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit.

- 4° : Obtenir ou tenter d'obtenir sous la menace d'une rupture totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat ou de vente ;
- 5° Rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée des relations, et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;
- 6° : Participer, même indirectement, à la violation de l'interdiction de revente hors-réseau faite au distributeur lié par un contrat de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;
- 7° : Procéder au refus ou retour de marchandises ou déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur des pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ;
- 8° : Ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues par l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestation de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ;
- 9° : Refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en fait la demande, conformément à l'article L. 112-6 du Code de la consommation ;

- 10° : Annoncer des prix hors des lieux de vente pour un fruit ou un légume frais, sans respecter les règles définies aux II et III de l'article L. 441-2 du présent code ;
- 11° : Passer, régler ou facturer une commande de produits ou de prestation de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8.
- 12° : Modifier le contrat ou les clauses d'un contrat de manière unilatérale lorsque le contrat ne le permet pas expressément dans des conditions équitables ;
- 13° : Rendre possible, par une clause ou un contrat, le bénéfice rétroactif de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;
- 14° : Rendre possible, par une clause ou un contrat, l'obtention d'un paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;
- 15° : Rendre possible, par une clause ou un contrat, l'interdiction au cocontractant de la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ;
- 16° : Rendre possible, par une clause ou un contrat, le bénéfice automatique des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;
- 17° : Rendre possible, par une clause ou un contrat, l'obtention d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité, ou une obligation de non-concurrence post-contractuelle, ou se subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat ou de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans ;
- 18° : Vendre des produits ou offrir des services de façon habituelle pour une association si cette activité n'est pas prévue par ses statuts ;
- 19° : Pratiquer ou faire pratiquer en situation de crise conjoncturelle définie par l'article L. 611-4 du Code rural et de la pêche maritime, des prix de première cession abusivement bas pour les produits figurant sur la liste prévue à l'article L. 441-2-1 du présent code ;
- 20° : Pour un revendeur, exiger de son fournisseur, en situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles, des prix de cession abusivement bas pour les produits agricoles périssables, ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses, pour les produits de l'aquaculture, ainsi que pour les produits alimentaires de

consommation courant issus de la transformation de ces produits. Les conditions définissant la situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles ainsi que la liste des produits concernés sont fixés par décret.

Article L. 442-3 : I. Les pratiques commerciales déloyales engagent la responsabilité civile de leur auteur, et l'obligent à réparer le préjudice causé.

II. Les clauses contractuelles ou les contrats qui se rapportent à une pratique commerciale déloyale sont réputés non écrits.

III. L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent chapitre.

IV. Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie :

- 1° : D'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent chapitre ;
- 2° : De constater le caractère non-écrit des clauses ou contrats illicites ;
- 3° : La répétition de l'indu ;
- 4° : Le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 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 mentionnées au présent article ont été mises en œuvre ;
- 5° : La réparation des préjudices subis.

Dans tous les cas, il appartient au professionnel qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

V. Les litiges relatifs à l'application du présent Chapitre sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par l'auteur de la pratique.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques commerciales déloyales ou toute autre mesure provisoire.

578. Article 3 : Au sein du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, le Chapitre III est intitulé : « pratiques commerciales réglementées entre professionnels ». Ce chapitre est complété par un article L. 443-4 et un article L. 443-5 qui contiennent respectivement les dispositions des anciens articles L. 442-8 et L. 442-10 du Code de commerce.

579. Conclusion du paragraphe. Sous les traits d'une simple recodification, la transposition de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels en droit interne s'analyse en réalité comme une modification relativement importante des dispositions existantes sous l'intitulé « pratiques restrictives de concurrence ». Outre la modification du titre et la disparition des pratiques pénalement sanctionnées, la transposition est également l'occasion d'une prohibition générale des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, qui fait actuellement défaut²⁹¹. La liste actuelle des pratiques restrictives de concurrence est quant à elle reprise, quasiment à l'identique, en tant qu'exemples de pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Les sanctions ne sont que peu modifiées, à part en ce qui concerne le caractère non-écrit des stipulations contractuelles qui se rapportent à ces pratiques. Dans l'ensemble, les modifications législatives permettent à la matière d'assumer son appréhension au titre de pratiques de clauses contractuelles, et d'en tirer les conséquences. Plus généralement, les pratiques commerciales déloyales entre professionnels constituent un droit spécial du contrat, lorsque celui-ci est conclu entre deux professionnels, et la loi de transposition vient parachever l'harmonisation européenne de la matière.

580. Conclusion de la section. La présente étude relative aux clauses et aux pratiques restrictives de concurrence a conduit au constat d'une ambivalence de la contestation des clauses qui sont qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, et à la nécessité d'une sortie de cette ambivalence, *via* une meilleure intégration législative de cette contestation. Les propositions relatives au contenu d'une directive européenne dans le domaine des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, puis à celui d'une loi de transposition permettent de sortir de cette ambivalence en réaffirmant la sanction principale consistant en l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique. Cette sanction s'explique par la nature de fait juridique de la pratique, et n'est pas modifiée par la dimension de clause contractuelle que peut revêtir cette pratique. En revanche, il convient de prendre en considération cette

²⁹¹ Ce point est d'ailleurs critiqué par une large part de la doctrine, Cf. *Supra*, n°26.

dimension au moment de tirer les conséquences de la contestation d'une pratique commerciale déloyale qui prend la forme d'une clause contractuelle. Cette clause doit alors être réputée non écrite. La construction de ce régime permet en outre de le distinguer de celui applicable aux pratiques anticoncurrentielles ou de celui applicable aux actes de concurrence déloyale. La contestation des clauses qualifiées de pratique commerciale déloyale obéit à des règles propres et répond à l'objectif de loyauté des relations entre professionnels, fondé sur l'exigence de loyauté du droit commun des contrats²⁹².

581. Conclusion du Chapitre. Au terme de l'étude des modalités d'une meilleure intégration législative des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, il convient de prendre la mesure de la modification à envisager. Outre le fait que ces clauses soient désormais non plus qualifiées de pratiques restrictives de concurrence mais de pratiques commerciales déloyales, il convient de préciser que la modification ne se limite pas à une modification sémantique. Celle-ci cache en réalité l'adoption d'une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales, qui harmonise les règles applicables à ces pratiques, et partant, aux clauses qui peuvent les matérialiser. Cette harmonisation passe par une directive, qui laisse la possibilité aux Etats membres de prévoir des dispositions plus strictes ou de maintenir les dispositions existantes qui sont compatibles avec la directive. Elle implique néanmoins, au niveau du droit interne français, des modifications d'importance, comme une définition de la pratique commerciale déloyale, suivie d'une liste d'exemples qui achèvent de convaincre, si cela était nécessaire, que nombre des pratiques visées peuvent prendre la forme d'une clause contractuelle. Désormais intégrées au titre des pratiques commerciales déloyales, les clauses qualifiées ainsi obéissent au régime de ces pratiques, sans qu'il ne soit indispensable de se référer à d'autres régimes prévus par le droit de la concurrence. La matière elle-même assume concomitamment sa dimension de droit spécial du contrat, ayant vocation à s'appliquer dans l'ensemble des relations contractuelles entre professionnels.

582. Conclusion du Titre 2. La contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence implique une meilleure intégration législative de ces pratiques, plutôt que leur suppression pure et simple. Cette meilleure intégration ne peut se faire que de façon limitée en droit commun des contrats, puisqu'elle ne concernerait alors que celles des pratiques actuellement sanctionnées qui entreraient dans les définitions du droit commun. La

²⁹² Cf. art. 1134 al. 3 C. civ., appelé à devenir au 1^{er} oct. 2016, l'art. 1104 C. civ.

question relative à la place de cette meilleure intégration est donc résolue en ce qu'elle doit avoir lieu au même endroit qu'actuellement, à condition toutefois d'avoir à l'esprit la dimension de droit spécial du contrat des actuelles pratiques restrictives de concurrence. Ce droit spécial du contrat est à même de prévoir des règles relatives au contenu des contrats conclus entre professionnels. Il s'agit en particulier de la sanction de pratiques qui peuvent être observées par l'une des parties à un contrat, quel que soit le stade du contrat. Pour autant, la meilleure intégration législative de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, outre cette prise en compte de la qualification de droit spécial du contrat de la matière, nécessite une évolution de celle-ci. Passant par une harmonisation européenne, la matière est appelée à se transformer, à commencer par son appellation, devenant un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. La disparition du terme de « concurrence » permet de lever tout débat sur l'atteinte ou non au marché des pratiques visées par la matière, tandis que l'appellation nouvelle tend à faire assumer à la matière sa dimension de droit spécial du contrat. Ce droit spécial comprend des particularités, parmi lesquelles celle de donner un véritable contenu contraignant au principe de loyauté dans les relations contractuelles. A la lecture de la matière, il est en effet possible de s'apercevoir que la loyauté des relations entre professionnels leur commande de s'abstenir de toute pratique commerciale déloyale. Les modifications induites par la meilleure intégration législative de la matière hôte de la qualification des clauses comme pratiques commerciales déloyales sont nombreuses, sans que la matière n'y perde son identité. Adoptant une prohibition générale des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, à l'instar des pratiques que les professionnels peuvent mettre en œuvre vis-à-vis des consommateurs, la matière ne se confond pas avec un droit de la consommation, en raison du contenu différent donné à la notion. Quant aux pratiques restrictives de concurrence, elles apparaissent désormais comme des exemples de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, sous forme de liste, dont l'intérêt principal est de permettre à un professionnel victime de ces pratiques de ne pas avoir à démontrer leur caractère déloyal, au sens de la définition. Cette modification permet à la contestation des clauses sur le fondement de cette matière de sortir de l'ambivalence dans laquelle elles se trouvent, et de trouver toute leur place au sein du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.

583. Ambivalence du régime et ambivalence du résultat de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. L'intérêt même de la qualification de clauses comme pratiques restrictives de concurrence réside dans la possibilité de leur contestation. L'étude de la phase de contestation de ces clauses devait démarrer par une prise de conscience, celle de son ambivalence. Le régime de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence emprunte tant à la concurrence déloyale, en particulier avec l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique, qu'au droit des pratiques anticoncurrentielles, avec la compétence d'une autorité spécialisée et l'ouverture de l'action au-delà de la seule victime de la pratique, ou encore la possibilité pour des autorités publiques de demander une sanction répressive en cas de clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence. La question du résultat de la contestation paraît également devoir recevoir une réponse ambivalente. En effet, en confrontant le résultat aux objectifs affichés par le droit des pratiques restrictives de concurrence, il est possible de s'apercevoir que la matière, hésitant entre la protection du marché ou la protection des professionnels, ne parvient pas à satisfaire l'un ou l'autre de ces objectifs. S'agissant de l'objectif de protection du marché, le fait qu'il ne soit pas rempli peut se comprendre, puisque la matière ne prend pas en considération l'atteinte au marché dans le cadre de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. En revanche, il semblait que l'objectif de protection des professionnels était le principal objectif affiché par la matière, en particulier s'agissant des petits professionnels. L'étude des applications en matière de contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence montre pourtant que les petits professionnels ne sont pas les professionnels qui sont protégés par les dispositions, et des exemples tendent même à démontrer que des professionnels de taille importante se trouvent être bénéficiaires des dispositions de la matière. Finalement, l'étude de l'ambivalence du résultat de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, par la confrontation de ces résultats aux objectifs de la matière, permet d'aboutir au constat selon lequel la contestation sert davantage un objectif de loyauté des relations entre professionnels. Vue sous cet aspect, la matière viendrait alors compléter la loyauté du droit commun des contrats, en exigeant des professionnels des pratiques loyales, et en qualifiant de pratiques restrictives de concurrence les clauses qui reflètent l'existence de pratiques déloyales. La mise en évidence de cet objectif pourrait participer à la sortie de l'ambivalence de la matière, même si cela semble devoir passer

par une meilleure intégration législative de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

584. La sortie de l'ambivalence de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Alors qu'ont pu être proposés en doctrine la suppression pure et simple des pratiques restrictives de concurrence, et l'atteinte des comportements déloyaux par les dispositions du droit commun, il apparaît que le fait de s'en remettre aux dispositions du droit des contrats ne saurait suffire à appréhender l'ensemble des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, en particulier en raison du fait que le droit commun appréhende assez peu de pratiques, et en n'appréhende d'autant moins lorsque ces pratiques ont eu pour effet la stipulation d'une clause, ou consistent en l'application d'une clause dans des contextes particuliers. Cette contestation fait indéniablement partie du droit spécial et répond à un objectif de loyauté plus précis que l'exigence générale du droit commun. Ainsi, le constat semble devoir s'imposer de la difficulté de supprimer la matière. Au contraire, vue comme un droit spécial du contrat dont le critère d'application est la présence de deux parties professionnelles à un contrat, la matière apparaît comme ayant toute sa place au sein des droits spéciaux du contrat. Ce statut de droit spécial permet en outre de justifier qu'elle comprenne des dispositions plus précises que le droit commun en ce qui concerne la loyauté. Ce droit spécial du contrat vient donner un contenu plus contraignant à l'exigence générale de loyauté, en prohibant les pratiques qui sont déloyales entre professionnels. La sortie de l'ambivalence de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ne passe donc pas par la suppression du droit des pratiques restrictives de concurrence, mais passe plus probablement par un certain nombre de modifications, afin que la matière assume plus clairement son statut de droit spécial du contrat. Compte tenu de la préoccupation européenne pour ces pratiques, il est probable que la sortie de l'ambivalence de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence passe en premier lieu par l'adoption d'une directive européenne dans ce domaine. Renommant la matière « pratiques commerciales déloyales entre professionnels », cette directive pourrait également participer à sa qualification de droit spécial du contrat, en montrant en particulier que nombre de pratiques déloyales sont mises en œuvre à l'occasion d'un rapport contractuel entre deux professionnels. Cette harmonisation aura des effets sur le droit interne français, même si ces effets ne consistent pas à faire table rase des dispositions existantes. En réalité, outre l'insertion d'une définition générale des pratiques commerciales déloyales, dans le but de les sanctionner, les modifications du droit interne s'analysent davantage à une reprise des pratiques actuellement

sanctionnées, sous forme d'exemples de pratiques qui seraient réputées déloyales entre professionnels. Pour autant, il conviendra de prendre la mesure du statut de droit spécial du contrat de la matière, et d'être plus précis sur les effets au sein des contrats de la contestation d'une pratique commerciale déloyale. Ainsi, dans la situation où la pratique aurait impliqué la stipulation d'une clause, ou consisterait en une application d'une clause contractuelle, il conviendra de statuer sur le sort de la clause, et de la réputer non écrite, afin d'effacer les effets de la pratique, jusqu'au sein des contrats. Le constat de l'ambivalence de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence aboutit ainsi nécessairement à une proposition destinée à sortir de cette ambivalence, celle de la création d'une prohibition des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Cette proposition permet alors d'affirmer, dans l'intitulé même de la matière, l'objectif de loyauté des relations contractuelles entre professionnels, mais permet également la construction d'un régime propre, qui, s'il a pu emprunter aux autres branches du droit de la concurrence, s'affirme comme suffisamment spécifique à la matière, en particulier en raison de son statut de droit spécial du contrat.

CONCLUSION GENERALE.

585. Assimilation de clauses à des pratiques restrictives de concurrence. Au moment de démarrer cette étude, un constat semblait s'imposer, celui de la distinction, d'apparence bien établie, entre les clauses et les pratiques. La clause s'apparente à la formulation d'une pensée parfaitement déterminée qui clôt une négociation, elle désigne la disposition particulière d'un acte juridique, qui a pour objet d'en préciser les éléments ou les modalités. La pratique se définit quant à elle comme un comportement, une façon d'agir, qui peut être conforme ou contraire au droit, habituelle ou unique, et à laquelle le droit attache des effets juridiques. Ainsi, alors que les clauses ressortissent à la catégorie des actes juridiques, les pratiques appartiennent à celle des faits juridiques, la distinction entre les deux étant issue de la *summa divisio* qu'opère le droit privé entre les actes et les faits juridiques. L'étude du droit des contrats permet de se convaincre de cette distinction, puisqu'il va jusqu'à refuser d'atteindre une clause contractuelle, lorsqu'il sanctionne un comportement sur le fondement de la mauvaise foi, en faisant primer la force obligatoire du contrat sur l'exécution de bonne foi¹. Pourtant, cette distinction se devait d'être confrontée au droit des pratiques restrictives de concurrence, qui atteint, de façon relativement précise, des éléments d'une relation contractuelle, des comportements qui sont observés à l'occasion de contrats, et même des clauses de ces contrats, en particulier via la pratique de soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties². Cette partie du droit de la concurrence rend possible la qualification d'une clause en une pratique restrictive de concurrence. En réalité, l'assimilation des clauses à une pratique peut être observée également en droit des pratiques anticoncurrentielles, mais se trouve consacrée en droit des pratiques restrictives de concurrence, ce que permet de constater l'évolution de la matière, au fil des lois successives, mais également ses objectifs. Cette assimilation oblige à prendre conscience de la possibilité de qualifier de pratique restrictive de concurrence une clause contractuelle. Il convient alors de poser le critère de cette qualification. Ce critère doit dépasser celui de la dépendance économique, et celui du déséquilibre significatif, qui n'est pas à même de se substituer à l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence qui peuvent prendre la forme de clauses. En reprenant la nature d'acte juridique de la clause et celle de fait juridique de la pratique, il apparaît que le critère de qualification d'une clause en une pratique restrictive de concurrence est celui du fait juridique au sein de l'acte juridique, puisque des faits peuvent

¹ Cf. *Supra*, n°142 et 464.

² Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

exister dans une relation qui est fondée sur un acte juridique. Cette relation est alors un entremêlement d'actes et de faits juridiques, et la distinction entre les deux repose sur la volonté des parties. Alors, le droit des pratiques restrictives de concurrence n'apparaît pas comme fondamentalement innovant, puisqu'il existe des exemples, hors de cette matière, où des faits sont saisis dans le cadre d'une relation basée sur un acte juridique. La différence cependant est qu'il permet, lors de l'appréhension d'un fait juridique, de requalifier une clause contractuelle, pour l'appréhender en tant que fait juridique. La clause peut alors demeurer dans la catégorie des faits juridiques, si elle peut s'analyser comme une pratique restrictive de concurrence dès sa stipulation, mais peut également basculer dans cette catégorie en cours d'exécution, si son application révèle une pratique restrictive de concurrence. La clause qui appartient à la pratique restrictive de concurrence doit alors en suivre le sort et perd nécessairement sa qualification de clause, ou plus exactement cesse d'apparaître comme une clause, pour s'analyser comme une pratique, ou comme partie d'une pratique restrictive de concurrence. Cette qualification de pratiques restrictives de concurrence permet à la clause de suivre le sort de la pratique, soit en d'autres termes, d'être contestée sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence.

586. Contestation de clauses sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence. La clause, requalifiée en pratique restrictive de concurrence, suit un régime particulier, celui des pratiques restrictives de concurrence, qui emprunte tant au droit des pratiques anticoncurrentielles qu'au droit de la concurrence déloyale. S'agissant d'un fait juridique, l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur ne saurait surprendre, mais une multitude d'autres sanctions peuvent s'appliquer aux clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence, alors que l'action est plus largement ouverte qu'une action classique entre un débiteur et un créancier. La contestation des pratiques restrictives de concurrence obéit à un certain nombre d'objectifs, qui ont fondé la prohibition de ces pratiques, mais la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence ne permet pas nécessairement d'atteindre ces objectifs, puisqu'elle ne ressort pas de la protection du marché, et ne protège pas nécessairement les professionnels que la matière entendait prémunir contre certaines pratiques. En réalité, la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence semble obéir à un objectif de loyauté dans les contrats entre professionnels. Il convient alors, pour le droit des pratiques restrictives de concurrence, de prendre conscience de son aspect de droit spécial du contrat. Ce droit spécial peut être vu comme visant à renforcer et à préciser l'exigence de loyauté du droit commun des contrats. Cela fait atteindre à la matière

des pratiques qui, entre contractants, sont déloyales, et peuvent notamment prendre la forme de clauses. Le fait, pour le droit des pratiques restrictives de concurrence, d'assumer le statut de droit spécial du contrat fait assurément sortir la matière de l'ambivalence dans laquelle elle se trouve, mais invite également à une meilleure intégration législative de la contestation des clauses qui sont actuellement qualifiées de pratiques restrictives de concurrence. Leur dénomination actuelle, incluant le terme « restrictif de concurrence » semble peu en phase avec un contenu s'analysant comme un droit spécial du contrat. La sortie de l'ambivalence de la matière passe ainsi par sa dénomination en un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. L'intérêt, sans cesse renouvelé³, que l'Union européenne manifeste pour sanctionner ces pratiques peut laisser penser que le droit français puisse servir de source s'inspiration dans le cadre de l'élaboration de règles européennes prohibant les pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Pour autant, une action européenne, sous forme d'une directive, qui est souhaitable, impliquera nécessairement quelques modifications de la loi interne, qui la tourneront résolument vers l'appréhension de faits juridiques même dans le cadre de relations contractuelles entre professionnels, et en particulier lorsque ces pratiques prennent la forme d'une clause. Ainsi, la distinction entre les clauses et les pratiques doit être nuancée par l'appréhension de certaines clauses sur le fondement de pratiques, mais n'est pas nécessairement remise en cause, puisque les clauses ne sont appréhendées sur le fondement des pratiques commerciales déloyales entre professionnels qu'à la faveur d'une requalification qui permet de ne pas douter de leur appartenance à la catégorie des faits juridiques. Une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels pose une question, celle de la possibilité d'un droit unifié des pratiques commerciales déloyales, trouvant à s'appliquer à la fois dans les relations entre professionnels et consommateurs, et dans les relations entre professionnels.

587. Vers un droit des pratiques commerciales déloyales européen unifié. La création souhaitable d'un véritable droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, au niveau européen, le place nécessairement à côté des pratiques commerciales

³ V., pour les publications les plus récentes dans ce domaine : Livre vert du 31 janv. 2013 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe (COM (2013) 37 final) ; Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 15 juill. 2014 : Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises (COM (2014) 472 final) ; Projet de rapport du Parlement européen (Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs) du 6 juill. 2015 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI)) ; Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 29 janv. 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (COM (2016) 32 final).

déloyales dans les relations entre professionnels et consommateurs⁴, et pose la question de savoir s'il ne serait pas possible d'atteindre l'ensemble de ces pratiques de manière unifiée⁵. Il semble que cette appréhension unique de l'ensemble de ces pratiques puisse être possible, même si elle ne peut aller sans des modifications des règles consuméristes. Il conviendrait en effet de ne pas limiter les pratiques commerciales déloyales entre professionnels et consommateurs aux pratiques qui peuvent influencer le consommateur⁶, et considérer qu'une pratique commerciale déloyale peut consister en l'insertion, dans un contrat, d'une clause abusive par exemple. Les règles consuméristes seraient alors plus proches des règles souhaitables entre professionnels, qui transcendent la distinction entre les clauses et les pratiques, et appréhendent, sur le fondement des pratiques commerciales déloyales, des clauses contractuelles. La définition actuelle des pratiques commerciales déloyales devrait également être unifiée, afin d'atteindre des clauses contractuelles. Un droit des pratiques commerciales déloyales unifié apparaît alors possible, mais ne peut aller sans d'importantes modifications des règles consuméristes, et sans la précision selon laquelle les pratiques réputées déloyales en toutes circonstances sont nécessairement différentes selon qu'elles sont mises en œuvre par un professionnel au détriment d'un consommateur, ou au détriment d'un autre professionnel.

⁴ Ces pratiques sont régies par la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

⁵ Cette question a été abordée par B. Keirsbilck : « Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales déloyales « b2c » et « b2b » », in Colloque : *Droit européen des pratiques commerciales déloyales. Evolution et perspectives*, dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles, Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 156-175.

⁶ Actuellement, l'art. 5 de la directive 2005/29/CE interdit comme déloyales les pratiques commerciales qui sont « contraires aux exigences de la diligence professionnelle, et qui altèrent ou sont susceptibles d'altérer, de manière substantielle, le comportement économique, par rapport a produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse », ce dont il est possible de déduire que le consommateur est influencé par la pratique, dans sa prise de décision.

BIBLIOGRAPHIE.

I. Dictionnaires juridiques.

- AZEMA, Jacques, BESNARD-GOUDET, Raphaëlle, ROLLAND, Blandine, VIENNOIS, Jean-Pierre :** *Dictionnaire de droit des affaires*, Paris : Ellipses, Coll. Dictionnaires de droit, 2007.
- CORNU, Gérard (sous la dir. de) :** *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Préf. P. Malinvaud, 11^{ème} éd., Paris : PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2016.
- DROSS, William :** *Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire du droit privé interne*, 2^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis Litec, 2011.
- MAINGUY, Daniel (sous la dir. de) :** *Dictionnaire de droit du marché : concurrence, distribution, consommation*, Préf. C. Lucas de Leyssac, Paris : Ellipses, Coll. Dictionnaires de droit, 2008.
- MESTRE, Jacques, RODA, Jean-Christophe :** *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris : Lextenso Editions, Coll. Les intégrales, 2011.

II. Ouvrages généraux et spéciaux.

- ALLART, Henri :** *Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale*, Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1892.
- ARCELIN-LECUYER, Linda :** *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, 2^{ème} éd., Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2013.
- ARHEL, Pierre :**
- *Transparence et pratiques restrictives*, Dalloz, Répertoire de droit commercial, 2015.
 - *Accords de distribution (droit de la concurrence)*, Dalloz, Répertoire de droit commercial, 2014.
- AZEMA, Jacques :** *Le droit français de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis Droit, 1989.
- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, CHENEAUX, Gustave :** *Précis de droit civil*, 11^{ème} éd., 3 tomes, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1913.
- BEHAR-TOUCHAIS, Martine, CHARBIT, Nicolas, AMARO, Rafael (dir.) :** *A quoi sert la concurrence ? Compétitivité, innovation, emploi, relance... 100 personnalités répondent*, Paris : Institut de droit de la concurrence, 2014.
- BEHAR-TOUCHAIS, Martine, VIRASSAMY, Georges :** *Les contrats de distribution*, in *Traité des contrats*, dir. J. Ghestin, LGDJ, 1999.
- BENABENT, Alain :** *Droit des obligations*, 14^{ème} édition, Paris : Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Domat droit privé, 2014.
- BERTRAND, André :** *Le droit français de la concurrence déloyale*, Paris : Cedat, Coll. Théorie et pratique, 1998.
- BLAISE, Jean-Bernard :** *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, 8^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 2015.
- BLAISE, Yves :** *Droit civil, les obligations : DEUG 2^{ème} année : 1982-1983*, Paris : Les cours de droit, 1984.
- BLUMANN, Claude, DUBOIS, Louis :** *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Paris : LexisNexis, coll. Manuels, 2013.
- BOURASSIN, Manuella :** *Les obligations : la responsabilité civile extracontractuelle*, 2^{ème} éd., Paris : Archétype, Coll. Montesquieu, 2014.

- BOUT, Roger, BRUSCHI, Marc, LUBY, Monique, POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine** : *Lamy Droit économique 2015, concurrence, distribution, consommation*, 2014, Rueil-Malmaison : Wolters Kluwers France.
- BOYER, Louis** : *Répertoire de droit civil*, Paris : Dalloz, 1993.
- BRAULT, Dominique** :
- *Droit de la concurrence comparé Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, Paris : Economica, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Série études et recherches, 1995.
 - *Droit et politique de la concurrence*, Paris : Economica, 1997.
 - *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris : LGDJ, coll. Droit des affaires, 2004.
- BRUN, Philippe** : *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., Paris : LexisNexis, coll. Manuels, 2014.
- BRUSORIO-AILLAUD, Marjorie** : *Droit des obligations*, 6^{ème} éd., Bruxelles : Larcier, Coll. Paradigme (Manuels), 2015.
- BUFFELAN-LANORE, Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie** : *Droit civil. Les obligations*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2014.
- BURST, Jean-Jacques** : *Concurrence déloyale et parasitisme*, Paris : Dalloz, coll. Droit usuel. Affaires, 1993.
- CABRILLAC, Rémy** : *Droit des obligations*, 11^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Cours, 2014.
- CALAIS-AULOY, Jean, TEMPLE, Henri** : *Droit de la consommation*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2015.
- CAPITANT, Henri** : *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, 5^{ème} éd., Paris : A. Pédone éditeur, Librairie de la Cour d'appel et de l'Ordre des avocats, 1929.
- CAPITANT, Henri, TERRE, François, LEQUETTE, Yves** : *Grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2 : Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2015.
- CARBONNIER, Jean** : *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis droit privé, 2000.
- CASTALDO, André, LEVY, Jean-Philippe** : *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2010.
- CHABAS, Cécile** : *Résolution – résiliation*, Répertoire droit civil, Dalloz, 2012.
- CHAGNY, Muriel, DEFFAINS, Bruno** : *Réparation des dommages concurrentiels*, Essai, Paris : Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 2015.
- DECOCQ, André, DECOCQ, Georges** : *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 6^e éd., 2014.
- DECOCQ, Georges, BALLOT-LENA, Aurélie** : *Droit commercial*, Paris : Dalloz, Coll. Hyper-cours, 7^e éd., 2015.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, BLARY-CLEMENT, Edith** : *Droit commercial : actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Paris : Montchestien, Coll. Domat, droit privé, 11^e éd., 2015.
- DELEBECQUE, Philippe, PANSIER, Frédéric-Jérôme** :
- *Droit des obligations : contrat et quasi-contrat*, 6^{ème} éd., Paris : LexisNexis, coll. Objectif droit. Cours, 2013.
 - *Droit des obligations : responsabilité civile, délit et quasi-délit*, 6^{ème} éd., Paris : LexisNexis, coll. Objectif droit. Cours, 2014.
- DEMOGUE, René** : *Traité des obligations en général, I : Source des obligations*, Tomes 1 à 5 Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1923.

BIBLIOGRAPHIE

- DOMAT, Jean** : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Tome 1, et 2, 2^{ème} éd., Paris : P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, 1697.
- DOMENGET, Léo** : *Institutes de Gaius, contenant le texte et la traduction en regard*, Paris : A. Marescquainé, Libraire-éditeur, 1866.
- DU CAURROY, Adolphe-Marie** : *Institutes de Justinien, traduites et expliquées*, Tome second, 7^{ème} éd., Paris : G. Thorel, Toussaint, 1846.
- FABRE, Régis, MIREILLE, Dany, LENA, Sersiron** : *Le guide des négociations commerciales*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Guides Dalloz, 2009.
- FABRE-MAGNAN, Muriel** : *Droit des obligations* :
- Tome 1 : *Contrat et engagement unilatéral*, 3^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis droit, 2012 ;
 - Tome 2 : *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis droit, 2013.
- FAGES, Bertrand** : *Droit des obligations*, 5^{ème} éd., Paris : LGDJ Lextenso Editions, Coll. Manuels, 2015.
- FAGES, Bertrand, POULIQUEN, Elodie** : *Etude 365 : L'exécution du contrat – Le comportement des parties*, Lamy droit du contrat, 2014.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, MAZEAUD, Denis** : *Pensée juridique française et harmonisation européen du droit*, Paris : Société de législation comparée, coll. droit privé comparé et européen, 2004.
- FERRIER, Didier, FERRIER, Nicolas** : *Droit de la distribution*, 7^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, Coll. Manuels, 2014.
- FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc, SAVAUX, Eric** : *Droit civil – Les obligations* :
- Tome 1 : *L'acte juridique*, 16^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2014.
 - Tome 2 : *Le fait juridique*, 14^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2011.
- FOULLEE, Alfred** : *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} éd., Paris : Hachette, 1885.
- FOURGOUX, Jean-Louis** : *Transparence et pratiques restrictives de concurrence – règles de fond*, Jcl. Commercial, Fasc. 281, 2016.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, et PAYET, Marie-Stéphane** : *Droit de la concurrence*, 1^e éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2006.
- GHESTIN, Jacques, JAMIN, Christophe, BILLIAU, Marc** : *Traité de droit civil, les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, 3^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2001.
- GHESTIN, Jacques** (sous la dir. de), **SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha, POILLOT, Elise, OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, Carole, BRUNAU, Geoffray** : *Les contrats de consommation : règles communes*, Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Traité de droit civil, 2013.
- GRYNBAUM, Luc** : *Droit civil, les obligations*, 2^{ème} éd., Paris : Hachette Supérieur, coll. HU Droit, 2007.
- GUETTIER, Christophe, LE TOURNEAU, Philippe, BLOCH, Cyril, GUIDICELLI, André, JULIEN, Jérôme, KRAJESKI, Didier, POUMAREDE, Matthieu** : *Droit de la responsabilité et des contrats 2012/2013*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2012.
- GUYON, Yves** : *Droit des affaires. Tome 1, Droit commercial général et des sociétés*, 12^{ème} éd., Paris : Economica, 2003.
- HOUTCIEFF, Dimitri** : *Droit commercial*, Paris : Sirey, Coll. Université, 3^e édition, 2011.
- JACQUE, Jean-Paul** : *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Cours, 2015.
- JESTAZ, Philippe** : *Les sources du droit*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2015.
- JOURDAIN, Patrice** : *Les principes de la responsabilité civile*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2014.

JOSSERAND, Louis :

- *Cours de droit civil positif français, I : Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, 3^{ème} éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1938.
- *Cours de droit civil positif français, II : Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, 3^{ème} éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1939.
- *De l'esprit des droits et de leur relativité, de la théorie dite de l'abus des droits*, réimpression de la 2^{ème} éd., 1939, Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2006.

KENFACK, Hugues, PEDAMON, Michel : *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 4^e édition, 2015.

LARROUMET, Christian, AYNES, Augustin : *Traité de droit civil, Tome 1 : Introduction à l'étude du droit*, 6^{ème} éd., Paris : Economica, coll. Corpus droit privé, 2013.

LARROUMET, Christian, BROS, Sarah : *Traité de droit civil, Tome 3 : les obligations, le contrat*, 7^{ème} éd., Paris : Economica, Coll. Corpus droit privé, 2014.

LARROUMET, Christian (sous la dir. de), BACACHE-GIBEILLI, Mireille : *Traité de Droit civil, Tome V : les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., Paris : Economica, Coll. Corpus droit privé, 2015.

LE TOURNEAU, Philippe : *Le parasitisme : agissements parasitaires et concurrence parasitaire, protection contre les agissements et la concurrence parasitaires*, Paris : Litec, Coll. Responsables, 1998.

LE TOURNEAU, Philippe, POUMAREDE, Matthieu : *Bonne foi*, Répertoire de droit civil Dalloz, 2014.

LE TOURNEAU, Philippe, BLOCH, Cyril, GUETTIER, Christophe, GUIDICELLI, André, JULIEN, Jérôme, KRAJESKI, Didier, POUMAREDE, Matthieu : *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2014.

LEBEL, Claude : *Pratiques restrictives de concurrence en droit français*, Paris : Librairies Techniques, Coll. Droit, 1981.

LEGEAIS, Dominique : *Droit commercial et des affaires*, Paris : Sirey, Coll. Université, 22^e édition, 2015.

LUCAS DE LEYSSAC, Claude, PARLEANI, Gilbert : *Droit du marché*, Paris : PUF, coll. Thémis droit privé, 2002.

MAINGUY, Daniel, RESPAUD, Jean-Louis : *Droit des obligations*, Paris : Ellipses, Coll. Cours magistral, 2008.

MAINGUY, Daniel, DEPINCE, Malo : *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis-Litec, Coll. Manuels, 2015.

MALAINVAUD, Philippe, FENOUILLET, Dominique, MEKKI, Mustapha : *Droit des obligations*, 13^{ème} éd., Paris : Lexis-Nexis, coll. Manuels, 2014.

MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, STOFFEL-MUNCK, Philippe : *Droit civil : Les obligations*, 7^{ème} édition, Paris : LGDJ, Lextenso éditions, Coll. Droit civil, 2015.

MALAURIE-VIGNAL, Marie :

- *Droit de la distribution*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Université, 2015.
- *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris : Sirey, Coll. Université, 6^e éd. 2014.

MARECHAL, Camille : *Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence*, Jcl. Concurrence-Consommation, Fasc. 25.

MARTY, Gabriel, RAYNAUD, Pierre : *Droit civil. Les obligations*, t. I : *Les sources*, 2^{ème} éd., Paris : Sirey, 1988.

MAZEAUD, Henri et Léon, TUNC, André : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 1965.

BIBLIOGRAPHIE

- MESTRE, Jacques, PANCAZI, Marie-Eve, ARNAUD-GROSSI, Isabelle, MERLAND, Laure, TAGLIARINO-VIGNAL, Nancy** : *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, 29^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 2012.
- MOUSSERON, Jean-Marc, SELINSKY, Véronique** : *Le droit français nouveau de la concurrence*, (Préface de Jean DONNEDIEU DE VABRES) Paris : Litec, Coll. Actualités de droit de l'entreprise, 2^e édition, 1988.
- NICOLAS-VULLIERME, Laurence** :
- *Droit de la concurrence, théorie et pratique*, 2^{ème} éd., Paris : Vuibert, Coll. Dyna'sup Série droit, 2011.
 - *Pratiques restrictives de l'article L.442-6 du Code du commerce*, Jcl. Concurrence-Consommation, Fasc. 290, 2012.
- NOBLOT, Cyril** : *Droit de la consommation*, Paris : Montchrestien, Coll. Focus droit, 2012.
- PIEDELIEVRE, Stéphane** :
- *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., Paris : Economica, Coll. Corpus, droit privé, 2015.
 - *Droit commercial : Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Cours, série droit privé, 2015.
- PIRONON, Valérie** : *Droit de la concurrence*, Paris : Gualino Lextenso éditions, Coll. Fac universités, Master pro, 2009.
- PICOD, Yves** :
- *Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions*, Jcl. Civil Code, art. 1134 et 1135, 2013.
 - *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, coll. Université, 2015.
- PICOD, Yves, AUGUET, Yvan, GOMY, Marc** : *Concurrence (obligation de non-)*, Dalloz, Répertoire de droit commercial, 2013.
- PICOD, Yves, AUGUET, Yvan, DORANDEU, Nicolas** : *Concurrence déloyale*, Dalloz, Répertoire de droit commercial, 2014.
- PIZZIO, Jean-Pierre, LAMBERT, Jean, DE LA VILLEON, Baudouin** : *Droit du marché, commerce des produits et des services France et CEE*, Paris : Dalloz, coll. Droit usuel, affaires, 1993.
- PLANIOL, Marcel** : *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, 9^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1923.
- PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges** : *Traité élémentaire de droit civil*, 11^{ème} éd., 2 tomes, Paris : LGDJ, 1931.
- PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges** : *Traité pratique de droit civil français, Tome VI : Obligations, 1^{ère} partie*, par ESMEIN, Paul, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1952.
- PORCHY-SIMON, Stéphanie** : *Droit civil, 2^{ème} année : les obligations*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Hypercours, 2014.
- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie** : *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, 1801.
- POTHIER, Robert-Joseph** : *Traité des obligations*, Tome 1^{er}, Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Bibliothèque, 2011 (réédition).
- POUMAREDE, Matthieu** : *Droit des obligations : Cours et travaux dirigés*, 3^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Cours (Montchrestien), 2014.
- RAMBAUD, Patrick, CLERGERIE, Jean-Louis, GRUBER, Annie** : *L'Union européenne*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Précis, 2014.
- REINHARD, Yves, THOMASSET-PIERRE, Sylvie, NOURISSAT, Cyril** : *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, Paris : Lexis-Nexis, Coll. Manuels, 8^e édition, 2012.

- RIDEAU, Joël** : *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Paris : LGDJ, coll. Manuel, 2010.
- RIPERT, Georges** : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1951.
- RENAULT-BRAHINSKY, Corinne** : *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., Paris : Gualino, coll. Fac universités Manuel, 2007.
- SAINCLETTE, Charles** : *De la responsabilité et de la garantie, accidents de transport et de travail*, Paris : Librairie A. Marescq, 1884.
- SALEILLES, Raymond** : *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris : Librairie Cotillon, librairie du Conseil d'état et de la Société de législation comparée, 1901.
- SERIAUX, Alain** : *Manuel de droit des obligations*, Paris : PUF, Coll. Droit fondamental Manuels, 2006.
- SERRA, Yves** : *Le droit français de la concurrence*, Paris : Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1993.
- SIMON, Denys** : *La directive européenne*, Paris : Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1997.
- STARCK, Boris** : *Droit civil : théorie générale des obligations. Fasc. III, les sources des obligations (suite), les contrats, les obligations en tant que biens*, Paris : Les cours de droit, 1970.
- TERRE, François, LEQUETTE, Yves, SIMLER, Philippe** : *Droit civil. Les obligations*, 11^{ème} édition, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 2013.
- TOPORKOFF, Michel** : *Droit de la concurrence déloyale*, Paris : Gualino Lextenso Editions, Coll. Droit en action, 2010.
- TOULLIER, Charles-Bonaventure-Marie** : *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 4^{ème} éd., 13 t., Paris : Warée, 1824-1828.
- VERDIER, Jean-Maurice, COEURET, Alain, SOURIAU, Marie-Armelle** : *Droit du travail, Volume II : Rapports individuels*, 16^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Mémentos, 2011 (spéc. p.268-271).
- VIGIE, Albert** : *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^{ème} éd., Tome 2, Paris : LGDJ, Arthur-Rousseau, 1895.
- VOGEL, Louis** :
- *Traité de droit des affaires / G. Ripert et R. Roblot ; sous la dir. de M. GERMAIN, Tome 1, Volume 1, Du droit commercial au droit économique : commerçants, justice commerciale, fonds de commerce, bail commercial, propriété industrielle, concurrence déloyale, transparence tarifaire, pratiques restrictives, ententes, abus de position dominante, procédure de la concurrence, concentrations*, Paris : LGDJ-Lextenso, 20^e édition, 2015.
 - *Droit européen des affaires*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 1^e édition, 2012.
 - *Droit de la concurrence européen et français*, Paris : Lawlex, Bruxelles : Bruylant, Coll. JuriScience, Traité de droit économique, Tome 1, 2015.
- VOGEL, Louis, VOGEL, Joseph** : *Droit de la distribution européen et français*, Paris : Lawlex, Coll. JuriScience, Traité de droit économique, Tome 2, 2015.
- VOINOT, DENIS** : *Procédures collectives*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso éditions, coll. Cours, 2013.
- WITZ, Claude** : *Le droit allemand*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2013.

III. Monographies et thèses.

- ALMEIDA-PRADO, Mauricio** : *Le hardship dans le commerce international*, thèse, préf. H. Lesguillons, Paris : Bruylant, coll. Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international, 2003.
- ABRAS, Johann** : *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, thèse, préf. F. Leduc, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2008.
- ARBANT-MICHEL, Géraldine** : *Les relations entre les clauses et le contrat*, th., dactyl. dir. D. Ferrier, Université de Montpellier I, 2001.
- AUGUET, Yvan** : *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, thèse, préf. Y. Serra, Bibl. de droit privé, t. 315, Paris : LGDJ, 2000.
- BALAT, Nicolas** : *Essai sur le droit commun*, th., dactyl., Université Panthéon-Assas-Paris II, dir. M. Grimaldi, 2014.
- BARBIERI, Jean-Jacques** : *Vers un nouvel équilibre contractuel : recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, th., préf. J.-L. Rives-Lange, Toulouse, 1981.
- BASCOULERGUE, Adrien** : *Les caractères du préjudice réparable : réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, thèse, préf. S. Porchy-Simon, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Laboratoire de droit privé et sciences criminelles, 2014.
- BERANGER, Frédéric** : *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, th. préf. C. Attias, Aix-en-Provence : PUAM, coll. de l'Institut de droit des affaires, 2007.
- BERLIOZ, Georges** : *Le contrat d'adhésion*, th. préf. B. Glodman, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 132, 1973.
- BERT, Daniel** : *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, thèse, préf. X. Boucobza, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand : LGDJ, 2011.
- BLOCH, Cyril** : *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, préf. R. Bout et avant-propos P. Le Tourneau, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2008.
- BUSSEUIL, Guillaume** : *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, thèse, préf. M.-J. Campana, Paris : Fondation Varenne, Coll. thèses, vol. n°27, LGDJ, 2009.
- BRICKS, Hélène** : *Les clauses abusives*, préf. J. Calais-Auloy, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 175, 1982.
- CALAIS-AULOY, Jean** : *La notion d'apparence en droit commercial*, th., Université de Montpellier, 1959.
- CARBONNAUX, Camille** : *Les figures juridiques de la concurrence en droit de l'Union européenne, étude autour de la loyauté de la concurrence*, thèse dactyl., dir. S. Bracq, Université de Lille II, 2013.
- CARVAL, Suzanne** : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, thèse, préf. G. Viney, Paris : LGDJ, coll. Bibl de droit privé, t. 250, 1995.
- CATHIARD, Audrey** : *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, thèse, préf. X. Lagarde, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2006.
- CHAGNY, Muriel** : *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2004.
- CHANTEPIE, Gaël** : *La lésion*, préf. G. Viney, Bibl. de droit privé, t. 467, Paris : LGDJ, 2006.
- CHAZAL, Jean-Pascal** : *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse, dactyl, Université Pierre Mendès-France Grenoble II, 1996.

- CHONE, Anne-Sophie** : *Les abus de domination : essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. Teyssié, Paris : Economica, Coll. Recherches juridiques, 2010.
- COURDIER-CUISINIER, Anne-Sylvie** : *Le solidarisme contractuel*, préf. E. Loquin, Dijon : Lexis-Nexis Litec, Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux, 2006, vol. 27.
- COUREAULT, Elisabeth** : *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, thèse dactyl., Université de Nancy 2, dir. O. Cachard, 2009.
- COURTES, Marc** : *Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats*, thèse, deux tomes, dactyl., Université de Montpellier I, dir. D. Ferrier, 1999.
- COUTANT-LAPALUS, Christelle** : *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, thèse, préf. F. Pollaud-Dulian, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2002.
- DARMAISIN, Stéphane** : *Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 343, 2000.
- DE BOÛARD, Fabrice** : *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. Viney, Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 13, Paris : LGDJ, 2007.
- DEL CONT, Catherine** : *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, thèse, préf. F. Collart-Dutilleul, G. J. Martin, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997.
- DIESSE, François** : *Le devoir de coopération dans le contrat*, thèse, dactyl., Université de Lille 2, dir. F. Auque, 1998.
- DISSAUX, Nicolas** : *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. C. Jamin, Bibl. de droit privé, t. 485, Paris : LGDJ, 2007.
- DUMARÇAY, Marie** : *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, thèse, dactyl. dir. V. Sélinsky, Université Montpellier I, 2008.
- FABRE-MAGNAN, Muriel** : *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, thèse, préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 221, 1992.
- FAGES, Bertrand** : *Le comportement du contractant*, thèse, Préf. J. Mestre, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 1997.
- FATOME, Anne-Danis** : *Apparence et contrat*, préf. G. Viney, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 414, 2004.
- FAURE-ABBAD, Marianne** : *Le fait générateur de responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, thèse, préf. P. Rémy, Poitiers : LGDJ, Coll. Collection de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2003.
- FIN-LANGER, Laurence** : *L'équilibre contractuel*, thèse, préf. C. Thibierge, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. droit privé, t. 366, 2002.
- FRASSON, Vanessa** : *Les clauses de fin de contrat*, thèse, dactyl. Université Jean Moulin Lyon III, dir. W. Dross, 2014.
- GAUDEMET, Sophie** : *La clause réputée non écrite*, thèse, préf. Y. Lequette, Paris : Economica, 2006.
- GENICON, Thomas** : *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse, préf. L. Leveneur, Bibl. de droit privé, t. 484, Paris : LGDJ, 2007.
- GERRY-VERNIERES, Stéphane** : *Les « petites » sources du droit. A propos des sources étatiques non contraignantes*, th., préf. N. Molfessis, Paris : Economica, coll. Recherches juridiques, 2012.
- GIRARD, Bénédicte** : *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, thèse, préf. M. Fabre-Magnan, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Bibl. de droit privé, t. 562, 2015.
- GOLDIE-GENICON, Charlotte** : *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, th. préf. Y. Lequette, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 509, 2009.
- GORPHE, François** : *Le principe de bonne foi*, th., Paris : Dalloz, 1928.

BIBLIOGRAPHIE

- GOUNOT, Emmanuel** : *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th., Paris : Librairie A. Rousseau, 1912.
- GRANDMOULIN, Jean** : *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien droit romain et dans le droit français*, thèse, Université de Rennes, 1892.
- GRAS, Nicolas** : *Essai sur les clauses contractuelles*, thèse, dactyl. Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand 1, dir. M. Mekki, J. Stoufflet, 2014.
- GRYNBAUM, Luc** : *Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, thèse, préf. M. Gobert, Bibl. de droit privé, t. 389, Paris : LGDJ, 2004.
- HEINICH, Julia** : *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, th. dactyl. Université d'Aix-Marseille, dir. J. Mestre, 2013.
- HELLERINGER, Geneviève** : *Les clauses du contrat : essai de typologie*, thèse, préf. L. Aynès, Post. F. Terré, Bibl. de droit privé, t. 536, Paris : LGDJ-Lextenso, 2012.
- HOUTCIEFF, Dimitri** : *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse, préf. H. Muir Watt, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2001.
- HUET, Jérôme** : *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, dactyl., dir. J. Flour, Université Paris II, 1978.
- IZORCHE, Marie-Laure** : *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, thèse, préf. J. Mestre, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 1995.
- JACQUES, Philippe** : *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse, préf. F. Chabas, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2005.
- JALUZOT, Béatrice** : *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2001.
- JANVILLE, Thomas** : *La qualification juridique des faits*, thèse, 2 t., préf. S. Guinchard, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2004.
- KARIMI, Abbas** : *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, thèse, préf. Ph. Simler, Bibl. de droit privé, t. 306, Paris : LGDJ, 2001.
- LAITHIER, Yves-Marie** : *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, préf. H. Muir Watt, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 419, 2004.
- LASBORDES, Victoire** : *Les contrats déséquilibrés*, thèse, préf. C. Saint-Alary-Houin, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.
- LAVEFVE-LABORDERIE, Anne-Sophie** : *La pérennité contractuelle*, thèse, préf. C. Thibierge, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 447, 2005.
- LE BESCOND DE COATPONT, Mathieu** : *La dépendance des distributeurs*, thèse, dactyl. Université de Lille, dir. G. Chantepie, 2015.
- LE GAC-PECH, Sophie** : *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, Bibl. de droit privé, t. 335, Paris : LGDJ, 2000.
- LEMAY, Pierre** : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. Chassagnard-Pinet, Paris : Mare et Martin, Coll. Bibl. des thèses, droit privé et sciences criminelles, 2014.
- LEQUETTE, Suzanne** : *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Paris : Economica, Coll. Recherches juridiques, 2012.

- LITTY, Olivier** : *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, th. préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 322, 1999.
- MAIGNIE, Maurice** : *Responsabilité et contrat. Essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse, Université de Lille, 1924.
- MALLEN, Guillaume** : *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence. Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, préf. L. Arcelin-Lécuyer, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2014.
- MARTIN, Marielle** : *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives*, préf. L. Vogel, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2012.
- MARTIN DE LA MOUTTE, Jacques** : *L'acte juridique unilatéral*, préf. P. Raynaud, Paris : Recueil Sirey, 1951.
- MARTY, Richard** : *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, thèse, Paris II, sous la dir de C. Larroumet, 1995.
- MAUCLAIR, Stéphanie** : *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, préf. T. Azzi, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, coll. des thèses, 2012.
- MAZEAUD, Denis** : *La notion de clause pénale*, thèse, préf. F. Chabas, Bibl. de droit privé, t. 223, Paris : LGDJ, 1992.
- MEKKI, Mustapha** : *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, Bibl. de droit privé, t. 411, Paris : LGDJ, 2004.
- MONTFORT, Cédric** : *La loyauté des pratiques commerciales en droit communautaire du marché*, thèse, dactyl. Université Jean-Moulin Lyon 3, dir. F. Ferrand, 2004.
- NOOMAN M. K., Gomaa** : *Théorie des sources de l'obligation*, Paris : LGDJ, 1968.
- OBELLIANNE, Stéphane** : *Les sources des obligations*, préf. D. Fenouillet, PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2009.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCLLES, Carole** : *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2002.
- PAULIN, Christophe** : *La clause résolutoire*, préf. J. Devèze, Bibl. de droit privé, t. 258, Paris : LGDJ, 1996.
- PAYET, Marie-Stéphane** : *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préf. Marie-Anne Frison-Roche, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibl. des Thèses, 2001.
- PEGLION-ZIKA, Claire-Marie** : *La notion de clause abusive*, thèse, dactyl., Université Panthéon-Assas, Paris II, dir. L. Leveneur, 2013.
- PICOD, Yves** : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, préf. G. Couturier, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 208, 1989.
- PRADEL, Xavier** : *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, thèse, préf. P. Jourdain, Paris : LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 415, 2004.
- QUEZEL-AMBRUNAZ, Christophe** : *Essai sur la notion de causalité en droit de la responsabilité civile*, thèse, préf. P. Brun, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibl. des thèses, 2010.
- RIEM, Fabrice** : *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, thèse, préf. L. Boy, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2002.

BIBLIOGRAPHIE

- RIERA, Alexandre** : *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, thèse, préf. Y. Picod, Paris : Institut Universitaire Varenne, LGDJ-Lextenso, coll. des Thèses, 2014.
- RIPERT, Georges** : *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e édition, Paris : LGDJ, 1949.
- ROBERVAL, Laurent** : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire, une spécificité française ?*, thèse, dactyl. Université du Littoral-Côte d'Opale, dir. D. Fasquelle, 2010.
- ROUVIERE, Frédéric** : *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, thèse, préf. C. Atias, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. de l'institut de droit des affaires, 2005.
- SAUPHANOR, Nathalie** : *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, thèse, préf. J. Ghestin, Bibl. de droit privé, t. 326, Paris : LGDJ, 2000.
- SERRA, Yves** : *L'obligation de non-concurrence*, thèse, préf. J.- M. Mousseron, Paris : Sirey, coll. Bibl. de droit commercial, t. 23, 1970.
- SEVELY-FOURNIE, Catherine** : *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé*, préf. L. Rozès, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2010.
- STARCK, Boris** : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, préf. M. Picard, Paris : L. Rodstein, 1947.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe** :
- *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé contemporain*, préf. R. Bout, Aix-en-Provence : PUAM, coll. du laboratoire de théorie juridique, 1994.
 - *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, Bibl. de droit privé, t. 337, Paris : LGDJ, 2000.
- TEIXEIRA, Cédric** : *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*, thèse, dactyl. Université Lyon 3, dir. D. Deroussin, 2011.
- TERRE, François** : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, 1^{ère} éd. : Paris, LGDJ, 1957, rééd. : Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Anthologie du droit, 2014.
- TERRE, François (dir.)** : *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris : Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2008.
- THIBIERGE, Louis** : *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Paris : Economica, Coll. Recherches juridiques, 2011.
- TRAULLE, Julie** : *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, thèse, préf. P. Jourdain, Paris : LGDJ, coll. Bibl de droit privé, t. 477, 2007.
- VIRASSAMY, Georges** : *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghestin, Bibl. de droit privé, t. 190, Paris : LGDJ, 1986.
- ZANG NDONG, Rose-Monde** : *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, thèse, dactyl. Université de Lille II, dir. E. Blary-Clément, 2014.
- ZEVOUNOU, Lionel** : *Les usages de la notion de concurrence en droit*, thèse, Préf. P. Brunet, Bibl. de droit public, t. 272, Paris : LGDJ-Lextenso, 2012.

IV. Colloques, congrès et travaux d'associations.

Les conflits de réglementation dans le droit français et le droit communautaire des pratiques restrictives de concurrence, journée d'études de droit de la concurrence, Lyon, 24 et 25 mai 1984, dir. A. CHAVANNE et J. AZEMA, Paris : Litec, Centre Paul Roubier, Coll. du C.E.I.P.I., 1985.

Le juge et l'exécution du contrat, colloque, IDA Aix-en-Provence, 28 mai 1993, dir. J. MESTRE, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993.

Concurrence et consommation, colloque, Perpignan, 8 et 9 octobre 1993, sous la dir. de Y. SERRA et J. CALAIS-AULOY, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1994.

Fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat ? colloque du 17 novembre 1995, Centre de droit des contrats de l'Université de Lille II, P. Aff., 6 mars 1996, n°29.

Le renouvellement des sources du droit des obligations, colloque du 16 février 1996, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, t. I, Lille, Paris : LGDJ, Coll. Journées nationales – Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 1997.

La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, colloque, Centre d'Etudes de la Distribution intégrée pour le partenariat, Editions Dalloz-Sirey, Laboratoire de droit des affaires de l'Université Montpellier I, Paris, 17 décembre 1996, RTD Com., 1997, p. 1-84

Les métamorphoses de la responsabilité, colloque, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Université Catholique de Nimègue, Université de Poitiers, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, Paris : PUF, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, t. 32, 1998.

Les clauses abusives entre professionnels, colloque, centre de droit des contrats de l'Université de Lille II, 23 mai 1997, dir. C. JAMIN, et D. MAZEAUD, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 1998.

Droit du marché et droit commun des obligations, colloque des 24 et 25 octobre 1997, Centre de droit de la consommation de l'Université de Montpellier I et centre de Droit de la concurrence de l'Université de Perpignan sous la dir. de Y. SERRA et J. CALAIS-AULOY, RTD Com., 1998, n°1, p.1 s.

Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, colloque, Faculté de droit de Chambéry, 28 novembre 1997, Dr. et patr., mars 1998, n°58, p. 46.

Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? colloque 20 mars 1998, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P. Aff., 30 septembre 1998, n°117.

L'abus de droit dans les contrats, colloque, Lyon, 16 octobre 1998, Université Lyon II, dir. D. MAINGUY, Cah. Dr. ent., 1998/6, p. 1-38.

Le contrat au secours de l'entreprise : les modes contractuels de résolution des conflits, colloque, Deauville, 12 et 13 juin 1999, Association droit et commerce, dir. Y. CHAPUT, RJ Com., n°11-1999, n° spécial, p. 11 et s.

Le contrat : Questions d'actualité, colloque, Paris, 1^{er} février 2000, Centre du droit du patrimoine, dir. L. AYNES, Petites Affiches, 5 mai 2000, p.7 et s.

L'abus dans le droit des affaires, dossier, revue Dr. et Patr., juin 2000, n°83.

La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif, colloque, Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie, 7 et 8 déc. 2000, RCA, juin 2001, n°6 bis.

La concurrence déloyale : permanence et devenir, colloque, Université de Perpignan, 14 octobre 2000, dir. Y. Serra, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2001.

La nouvelle crise du contrat, colloque du 14 mai 2001, Centre René Demogue de l'Université de Lille II, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003.

Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? colloque 3 et 4 mai 2002, Faculté de droit de La Rochelle, dir. L. GRYNBAUM, M. NICOD, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004.

Les pratiques juridiques, sources du droit des affaires, rencontres Petites Affiches du 5 février 2003, dir. N. MOLFESSIS, P. Aff. 27 nov. 2003, n° 237 (spécial), p.4 s.

Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil, colloque, dir. G. PIGNARRE, Université de Savoie, 10 déc. 2004, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005.

Le Code civil : une leçon de légistique ? Colloque, Bordeaux, 18-19 juin 2004, dir. B. Saintourens, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 123-149

Pratiques dans la distribution : La réforme impossible ?, rencontres Petites Affiches du 22 mars 2005, dir. M.-A. FRISON-ROCHE, P. Aff., 1^{er} juillet 2005, n°130 (spécial), p.1 s.

Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence, colloque, Perpignan, 24 février 2006, dir. Y. PICOD, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006.

La réforme du droit des contrats : projet et perspectives, colloque, Paris, 25 octobre 2005, RDC, 2006, n°1, p.7 s.

Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : Evolutions et perspectives, colloque, Paris, 1^{er} décembre 2006, Association Française d'Etude de la concurrence, Cour de cassation, Conseil de la concurrence, DGCCRF, dir. G. CANIVET, et L. IDOT, Paris : Litec, 2007, Coll. Colloques & débats.

La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire, colloque Bruxelles, 8 novembre 2007, Revue Concurrences, n°1-2008 p.1 s.

Les pratiques restrictives et la loi de modernisation de l'économie, colloque Paris, 6 octobre 2008, Association Française d'Etude de la Concurrence, dir. C. FAVRE, Revue Concurrences, n°3-2009, p.1 s.

Quels contrats pour demain ? Les avant-projets de réforme, colloque, Association DPG – Paris II, Sénat, Paris, 11 mai 2009, Revue de Droit d'Assas, 2010, n°1, p.61 s.

D'une réforme à l'autre : les mutations du droit de l'entreprise, colloque, La Rochelle, 5 et 6 juin 2009, dir. L. Arcelin-Lécuyer, RLDA, février 2010, n°46, p. 49 et s.

L'abus en droit des affaires et le pouvoir modérateur du juge, colloque Paris, 7 octobre 2009, Gaz. Pal., 19 décembre 2009, n°353, p.6 s.

Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique, colloque, Paris, 22 octobre 2009, RDC, 2010, n°1 p. 380 s.

Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ?, colloque Limoges, 16 mars 2010, dir. J.-P. MARGUENAUD, RDC, 1^{er} janvier 2011, n°1, p.229 s.

Pratiques contractuelles et droit de la concurrence, colloque, Paris, 25 octobre 2010, Association Française d'Etude de la Concurrence, dir. M. CHAGNY, Revue Concurrences, n°1-2011, p.1 s.

Distribution sélective : un parfum de nouveauté ? Table ronde du 5 novembre 2010, dir E. GOURBIN, JCP E, 2011, n°3 p.1026 s.

La loyauté en droit de la concurrence et de la consommation, colloque, 29 mars 2011, Paris, Institut de recherche en droit des affaires de l'Université Paris XIII, P. Aff., 24 nov. 2011, n°234, p. 3 et s.

Les mutations de l'ordre public contractuel, colloque, 9 mai 2011, Paris, Association DPG – Paris II, RDC 2012, n°1, p. 261 s.

Vers un droit européen des contrats spéciaux, colloque du 17 juin 2011, Université de Lille II, dir. D. VOINOT et J. SENECHAL, Bruxelles : Editions Larcier, Coll. Code économique européen, 2012.

Droit européen des pratiques commerciales déloyales : évolution et perspectives, colloque du 25 novembre 2011, Lille, dir. D. VOINOT et E. TERRY, Bruxelles : Editions Larcier, Coll. Code économique européen, 2012.

Les nouvelles échelles du droit commun, colloque des 7 et 8 décembre 2011, Boulogne-sur-Mer, dir. M. BOUMGHAR et V. DURAND, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2013.

L'année 2011 en droit de la concurrence, colloque, Paris, 8 mars 2012, Association Française d'Etude de la Concurrence, dir. L. IDOT, CCC, 2012, n°6, dossier 1 à 6 ; spéc. Dossier 5 : LAJNEF, Nizar : « L'actualité du droit de la distribution et des pratiques commerciales en 2011 », Etude.

Un recouvrement de créances sans frontières, colloque, Lille, 31 mars 2012, J. ATTARD, M. DUPUIS, M. LAUGIER, V. SAGAERT, D. VOINOT (dir.), Bruxelles : Editions Larcier, Collection Code Economique Européen, 2013.

L'équilibre du contrat, colloque, Aix-en-Provence, 12 avril 2012, dir. G. Lardeux, Laboratoire de droit privé et sciences criminelles, équipe Pierre Kayser, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Laboratoire de droit privé et sciences criminelles, 2012.

Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? VI^e colloque annuel de l'association du Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, Paris, le 10 mai 2012, RDC, 2012 n°4 p. 1393 s.

Rajeunir la pratique des baux commerciaux, regards croisés, colloque, Equipe René Demogue du Centre de Recherches Droits et perspectives de droit, Lille, 8 juin 2012, dir. F. AUQUE.

Le droit de la distribution en France et en Europe : Questions de concurrence, colloque, Paris, Maison de l'Europe, dir. M. CHAGNY, 21 novembre 2012, RLDA, 6/2013, n°83 (supplément).

L'année 2012 en droit de la concurrence, colloque, Paris, Association Française d'Etude de la Concurrence, dir. L. IDOT, 28 janvier 2013, CCC, mai 2013, n°5, dossier 1.

Réseaux de distribution et vente en ligne : évolutions jurisprudentielles et questions à venir, colloque, EM Lyon Business School et Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon III, dir. C. Nourissat, 5 juil. 2013, RLC, 2014/1, n°38, p. 188-229.

Quel avenir pour la responsabilité civile ? colloque, annuel de l'association du Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas Paris II, Paris, 11 avr. 2014, dir. Y. Lequette et N. Molfessis, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015.

Droit et loyauté, colloque, Faculté de droit d'économique et de gestion d'Avignon, 10 oct. 2014, dir. F. PETIT, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015.

Les droits du contractant vulnérable, colloque, Equipe René Demogue du Centre de Recherches Droits et perspectives de droit, Lille, 10 mars 2015, dir. S. Le GAC-PECH, Bruxelles : Editions Larcier, coll. Contrats et patrimoine, 2016.

Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, colloque, Cabinet Clifford Chance, CCI Paris-Ile-de-France, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), dir. P. STOFFEL-MUNCK, 8 avril 2015, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015.

Le projet de réforme du droit des contrats, IX^e colloque annuel de l'association du Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, Paris, 3 avr. 2015, RDC, 2015 n°3 p. 615 s.

Réforme de droit commun des contrats et droit de la distribution, colloque, Université de Lille, Equipe René Demogue du Centre de Recherche Droits et perspectives du droit, Lille, 11 mars 2016, dir. G. CHANTEPIE et N. Dissaux, à paraître.

V. Etudes, articles et chroniques.

ABBOU, Sabine : « De la concurrence libre à la concurrence loyale : les premiers pas de la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 (relations entre fournisseurs et distributeurs) », Etude, P. Aff., 1997, n°87, p.4.

AMARO, Raphael : « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », CCC, 23014, Etude 8.

ANCEL, Marie-Elodie : « L'article L. 442-6, I, 5° en droit international privé », RJ Com., 05/2009, n°3, p. 200-207.

ANCEL, Pascal :

- « Critère et sanction de l'abus de droit en matière contractuelle », in *L'abus de droit dans les contrats*, Colloque Université de Lyon II, 16 oct. 1998, dir. D. Mainguy, Cah. dr. ent., 1998/6, p. 1-38, spéc. p. 30-38.

BIBLIOGRAPHIE

- « Article 1142 : La violence économique », *in* Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 747.
- « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *in* Dossier : « La puissance du contractant », AJCA, 2015, p. 496.

ARCELIN, Linda : « Pratiques commerciales et concentrations économiques : les apports de la loi NRE », CCC, 2001, chr. 18.

ARCELIN-LECUYER, Linda : « La contagion de la notion d'entreprise en droit économique (à propos de Cass. com., 21 janv. 2014 », JCP, E, 2014, 1124.

ARHEL, Pierre :

- « La réforme de l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence (loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », P. Aff., 1996, n°110, p.7.
- « Le projet de modernisation du droit français de la concurrence », JCP, E, 2000, p. 644.
- « Modernisation du droit français de la concurrence », JCP, E, 2001, p. 938.
- « Nouvelles modifications du droit de la concurrence », *Aperçu rapide*, JCP, E, 2005, n°31, 226.
- « Une nouvelle loi sur les relations commerciales », P. Aff., 2008, n°18, p.9.
- « Projet de loi de modernisation de l'économie : le volet « concurrence » », JCP, E, 2008, n°20, act. p.239.
- « Volet « concurrence » du projet de loi de modernisation de l'économie, P. Aff., 27 mai 2008, n°106, p.4.
- « Loi de modernisation de l'économie : une nouvelle réforme du droit de la concurrence », P. Aff., 2008, n°158, p.3.

ARMAND-PREVOST, Michel, RICHARD, Daniel : « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », Etude, JCP, G, 1979, I, 2952.

AUBERT DE VINCELLES, Carole :

- « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur des obligations essentielles », RDC, 2008, p. 1034.
- « Nouvelles orientations : directive-cadre sur les droits des consommateurs et Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats », RDC, 1^{er} octobre 2011, n°4 p.1284.
- « Réponses au livre vert sur le droit européen des contrats », RTD, Eur., 2011, p.615.
- « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », JCP, G, 2011, n°50, p.1376.
- « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », *in* Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 752.

AUBERT DE VINCELLES, Carole, ROCHFELD, Judith : « Présentation et version française des Principes de l'Acquis communautaire », RDC, 2008, n°2, p.177.

AUBERT DE VINCELLES, Carole SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha : « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », D. 2014, p. 879.

AUBRY, Hélène, POILLOT, Elise, SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha : « Droit de la consommation », Panorama, D. 2013, p. 945.

AUGAGNEUR, Luc-Marie :

- « L'anticipation raisonnable de la rupture brutale des relations commerciales. A propos d'un non-revirement de la Cour de cassation », JCP, E, 2009, 1969.
- « Interdiction, droit et devoir de renégocier : retour sur la confrontation entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat », Etude, JCP E, 2010, n°27-28, p.1654.
- « De la jurisprudence constitutionnelle en matière de pratiques restrictives à la Directive sur les délais de paiement : deux conceptions de l'abus », Etude JCP E, 2011, n°30, p.1555.

- « Les charmes mystérieux du déséquilibre significatif », article du blog du cabinet d'avocats JMGA, <http://blog.jmga.fr/les-charmes-mysterieux-du-%C2%AB-desequilibre-significatif-%C2%BB/>, consulté le 5 mars 2012.

AUGUET, Yvan : « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Paris : Dalloz, 2006, p. 29 à 58.

AYNES, Laurent :

- « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », D., 1993, p. 25.
- « L'obligation de loyauté », Arch. Phil. Droit, t. 44, Paris : Dalloz, 2000, p. 195-204.
- « L'imprévision en droit privé », RJ Com., n°5-2005, p. 397-406.

BARBUSIAUX, Christian : « La conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi NRE », P. Aff., 3 juin 2002, n°110, p. 11.

BARBIER, Hugo : « Le vice du consentement pour cause de violence économique », in Dossier : *Réforme du droit des contrats : le débat*, Dr. et patr., 10-2014, n°240, p. 50-52.

BECKER, Horst : « La nouvelle loi allemande du 7 juillet 2004 sur la concurrence déloyale », Gaz. Pal. 14 mai 2005, p. 3.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine :

- « La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application », Etude, JCP, G, 1994, I, 3800.
- « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque, dir. M. Behar-Touchais, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, 1998, P. Aff., 30 sept. 1998, n°117, p. 3.
- « Droit de la concurrence et droit des contrats (brèves observations) », RDC, n°3-2004, p. 870.
- « A la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », RLC, 2005 n°2.
- « Les rapports industrie-commerce : la loi du 2 août 2005 en faveur des PME ou la loi *Dutreil-Jacob* », RLC, 2005, n°5, actualités, p.37 à 45.
- « Chronique d'une mort annoncée (à propos de l'action en nullité et en restitution de l'indu exercée par le ministre de l'économie, après les arrêts des Cours d'appel de Versailles du 3 mai 2007 et d'Angers du 29 mai 2007 », RLC, 07-2007, n°12, p. 33-38.
- « Le séisme tranquille du « Rapport Hagelsteen » (à propos de la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente », RLC, avr. 2008, n°15, p.29-32.
- « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », RLC, oct. 2008, n°17, p. 45-46.
- « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », RDC, 2009, n°1, p.202.
- « Actualité des pratiques restrictives », RLC, 07-2009, n°20.
- « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », RDC, 2009, n°3, p.1258.
- « L'article 6 du règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales », RLC, 01/2010, n°22, p. 31-35.
- « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », in Colloque, La Rochelle, 2009 : *d'une réforme à l'autre : les mutations du droit de l'entreprise*, RLDA, 2/2010, n°46.
- « L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat*, colloque, Aix-en-Provence, 12 avril 2012, dir. G. Lardeux, Laboratoire de droit privé et sciences criminelles, équipe

BIBLIOGRAPHIE

- Pierre Kayser, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Laboratoire de droit privé et sciences criminelles, 2012, p. 27-40.
- « Rapport conclusif » in *Colloque : Droit européen des pratiques commerciales déloyales. Evolution et perspectives*, dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 177-195.
 - « La théorie de l'imprévision revue et corrigée par le droit commercial : quand la clause de hardship est imposée sous peine d'amende administrative », *RLC*, 7-2013, n°36, p. 54-55.
 - « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de *hardship* imposée sous peine d'amende administrative », *RDC*, n°4-2013, p. 1431.
 - « Le droit des pratiques restrictives est-il en passe de devenir un droit administratif ? », *Concurrences*, n°4-2013, p. 5-6.
 - « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP, G*, 2015, 603.
 - « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP, G*, 2016, 391.
- BEHAR-TOUCHAIS, Martine, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, JACQUEMIN, Zoé** : « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *Etude, proposition de Règlement CE relatif au droit européen de la vente du 11 octobre 2011*, *RDC*, 2012, n°1, p.191.
- BEHAR-TOUCHAIS, Martine, FERRIER, Didier** : « Les pratiques restrictives de concurrence », *Cah. dr. ent.*, 2001, n°4, p.18.
- BENABENT, Alain** :
- « Rapport français », in *La bonne foi / journées louisianaises*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. XLIII, Paris : Litec, 1994, p. 291-300.
 - « Doctrine ou Dallas ? », *D.* 2005, p. 852.
- BENABENT, Alain, AYNES, Laurent** : « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016, p. 434.
- BENOIT, Olivier** : « Le droit de la concurrence est un droit de l'abus : brèves observations », in dossier *l'abus dans le droit des affaires*, dr. et patr. 2000, n°83.
- BERGE, Jean-Sylvestre** : « L'hypothèse d'un 28^e droit européen des contrats », *RDC*, 1^{er} octobre 2010, n°4, p.1401.
- BERG-MOUSSA, Alexandra** :
- « Trois questions : le déséquilibre significatif dans les relations commerciales », *JCP, E*, 2011, n°4, p.39.
 - « Trois questions, le déséquilibre significatif dans les relations commerciales : précisions et questionnements », *JCP, E*, 2012, n°1, p.1.
 - « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *étude, JCP E*, 2012, n°9, p. 1139.
 - « Trois questions : l'avenir de l'interdiction de la revente à perte en France au regard de la décision CJUE du 7 mars 2013 », *JCP, E*, 2013, p. 370.
 - « Les apports de la loi Hamon en matière de délais de paiement », *JCP, E*, 2014, 1320.
- BERLIOZ, Pierre** : « Lois de police, quel équilibre », *RJ Com.*, 2010, p. 541-558.
- BERNARD, Bénédicte** : « Les clauses limitatives de responsabilité ou de réparation dans la réforme (art. 1170) : continuité ou remaniement ? », *Dr. et part.*, 03/2016, n°256, p. 26-30.
- BICHERON, Frédéric** : « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, n°120, p. 24.
- BLAISE, Jean-Bernard** : « Un dernier bastion ? A propos de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME », *Editorial, Revue concurrences* n°3/2005 p.1.
- BLANC, Nathalie** : « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, n°120, p. 3.
- BLIN, Jean-Pierre** : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? », in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1 et décembre 1986 Evolutions et perspectives*, Colloque, sous la

dir. de G. CANIVET et L. IDOT, Paris : Lexis-Nexis Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p.131 à 136.

BLOCH, Laurent : « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical : de l'acte juridique au fait juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis Dalloz, 2012, p. 737-762.

BLOCH, Cyril, STOFFEL-MUNCK, Philippe : « Responsabilité civile », JCP, G, 2011, n°15, 435, spéc. n°12.

BOIZARD, Matthias : « La réception de la notion de violence économique en droit », P. Aff., 2004, n°120, p. 5.

BOFFA, Romain :

- « Juste cause (et injuste clause) », D. 2015, p. 335.
- « article 1108 : le contrat d'adhésion », in Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 736.

BOLLAND-BLANCHARD, Anne : « Le bail vert ou une place nécessaire au déséquilibre significatif dans les baux commerciaux », P. Aff. 4 juillet 2011, n°131, p.3.

BONNET-DESPLAN, Marie-Pierre : « Comment réagir face à la chasse au déséquilibre significatif dans les contrats-type ? », article 16 juillet 2012, paru sur <http://www.daf-mag.fr/Tribunes-Experts/Comment-reagir-face-a-la-chasse-au-quot-desequilibre-significatif-quot-dans-les-contrats-type--Tribune337.htm>.

BOUNOL, Romain : « Loyauté et concurrence », in Colloque : *Droit et loyauté*, dir. F. PETIT, Avignon, 2014, Paris : Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2015, p. 85-94.

BOURGEON, Christian : « A propos de l'abus de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente », RDC, 2003, p. 243.

BOSCO, David :

- « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », Revue l'Essentiel Droit des contrats, 1^{er} novembre 2008, n°5, p.1.
- « La nouvelle autorité de la concurrence », in Dossier : *Moderniser l'économie*, CCC, 2008, dossier 8.
- « Directive « damages » : il reste tant à faire », CCC, 2015, repère 5.

BOY, Laurence : « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », CCC, 2004, étude, 16.

BRETZNER, Jean-Daniel : « La durée, l'abus et le contrat », RDC, 2009, n°4, p. 1662.

BROS, Sarah : « art. 1169 : Le déséquilibre significatif », in Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 761.

BRUN, Philippe :

- « Que faut-il entendre par le droit commun européen de la vente ? Remarques lapidaires en guise d'introduction », P. Aff., 24 déc. 2013, n°256, p. 5.
- « La distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle », in *Le droit de la responsabilité, journée franco-turque*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, 29 mars 2013, P. Aff., 13 mars 2014, n°52, n° spécial, p. 36.

BRUNSWICK, Philippe :

- « Tentative de définition du devoir de loyauté », in Dossier : « Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? », Cah. dr. ent., 2016, dossier 1 et s., spéc. dossier 2.
- « Présence du devoir de loyauté dans la loi », in Dossier : « Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? », Cah. dr. ent., 2016, dossier 1 et s., spéc. dossier 3.

BIBLIOGRAPHIE

- « Reconnaissance du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement.- L'intérêt au plan international », *in* Dossier : « Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? », Cah. dr. ent., 2016, dossier 1 et s., spéc. dossier 9.
- BUCHER, Charles-Edouard** : « L'obligation de non-concurrence née de la garantie d'éviction : entre droit de la concurrence et droits fondamentaux », *Etude*, CCC, 2011, n°10, p.12.
- BURST, Jean-Jacques, FERRIER, Didier, MOMEGE, Chantal, MOUSSERON, Jean-Jacques, SELINSKY, Véronique** : « Montagne ou souris. Commentaire de la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence », *Etude*, JCP, E, 1986, n°12, 14682.
- BUY, Frédéric** : « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *P. Aff.*, 17 déc. 2008, n°252, p. 3.
- CABRILLAC, Rémi** : « article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *in* Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », *RDC*, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 771.
- CAILLE, Catherine** : « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Paris : Dalloz, 2005, p. 55-66.
- CALAIS-AULOY, Jean** :
- « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD Civ.*, 1994, p.239.
 - « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *in Droit du marché et droit commun des obligations*, colloque, 24 et 25 octobre 1997, Centre de droit de la consommation de l'Université de Montpellier I et centre de Droit de la concurrence de l'Université de Perpignan, dir. Y. Serra et J. Calais-Auloy, *RTD Com.*, 1998, p. 1 et s., spéc. p. 115.
 - « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », *in Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA Paris : Dalloz, 2006, p. 59-67.
- CANIVET, Guy** :
- « Du rapport du groupe d'experts sur les relations entre industrie et commerce à la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises : un essai (partiellement ?) transformé », *in Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, Colloque, sous la dir. de Y. PICOD, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 1 à 21.
 - « L'histoire sans fin des lois éphémères ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution », *in Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA, Paris : Dalloz, 2006, p. 69 à 89.
- CARON, Christophe, DECOCQ, Georges** : « Droit interne de la concurrence », *chr.*, *JCP, E*, 2006, 1017, spéc. n°8 : « La transparence tarifaire et les pratiques restrictives ».
- CATALA, Pierre** :
- « La renégociation des contrats », *in Etudes de droit privé* : mélanges offerts à P. Didier, Paris : Economica, 2008, p. 91-99.
 - « Des contrats déséquilibrés », *in Etudes à la mémoire de Fernand-Charles JEANTET*, Lexis-Nexis, 2010, p.77.
- CEDRAS, Jean** : « Liberté – égalité – contrat, Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *in L'égalité*, Rapport annuel de la Cour de cassation, Paris : La Documentation française, 2003, p. 186-204.
- CERUTTI, Guillaume** :
- « Les objectifs et les effets attendus de la loi du 2 août 2005 », *in Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, colloque, sous la dir. de Y. PICOD, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 23 à 29.

- « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? », Exposé, *in Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 Evolutions et perspectives*, Colloque, sous la dir. de G. CANIVET et L. IDOT, Paris : Lexis-Nexis Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p. 101 à 107.

CHAGNY, Muriel :

- « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », RDC n°3/2004, p. 861.
- « La nullité des contrats conclus en violation des règles communautaires de la concurrence », *in Colloque : le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, dir. C. Nourissat et R. Wtterwulghé, Centre d'études européennes de la faculté de droit de l'Université Jean Moulin-Lyon III, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 66.
- « « Modernisation des relations commerciales » par la loi PME du 2 août 2005.- D'une action opportune à un résultat décevant sur le droit français de la concurrence », Etude, JCP, G, 2005, n°40, I, 173.
- « Le contrôle des abus dans la négociation », étude, CEPC, disponible sur le site de la Commission : http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/cepc/abus_reforme_chagny.pdf
- « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008 », Etude, JCP, G, 2008, n°42, I, 196.
- « Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ? », Etude CCC, 2008, n°12, alerte, p.70.
- « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence », RDC, n°4/2009, p. 1642.
- « De l'assouplissement du régime des offres liées à l'avènement d'un droit du marché ? », D. 2009 p.2561.
- « L'article L.442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », D., 2011, p.392.
- « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », Etude, Revue Procédures, n°4, Avril 2011, dossier 10.
- « De l'abus de la relation de dépendance au déséquilibre significatif », Etude, Concurrences, n°2-2011, *in Dossier Tendances : Approches plurielles du déséquilibre significatif*, p.1-5.
- « Droit de la concurrence », *in* Chr. « Droit des contrats », dir. J. GHESTIN, JCP, G, 2011, n°42, p.1141, n°2.
- « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : Quels modèles pour un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels ? », *in Droit européen des pratiques commerciales déloyales, évolutions et perspectives*, Colloque sous la dir. de E. TERRYN et D. VOINOT, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2012, p. 145 à 156.
- « Catégories juridiques contractuelles et droit de la concurrence », *in Vers un droit européen des contrats spéciaux*, colloque, Lille, 2011, dir. D. VOINOT et J. SENECHAL, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p. 89-104.
- « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », RTD Com., 2013, p. 500.
- « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des « petits pas » », RTD Com., 2014, p. 571.
- « La généralisation des clauses abusives (articles 1168 et 1169 du Code civil) », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, colloque, dir. P. Stoffel-Munck, 8 avril 2015, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 47-59.
- « Une loi qui en annonce une (d') autre(s) », AJCA, 2015, p. 393.

BIBLIOGRAPHIE

- « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », in Dossier : *Réforme du droit des contrats : quel impact sur les contrats d'affaires*, AJCA, 2016, p. 115.
- « Droit commun et droits spéciaux », in Colloque : *Réforme du droit commun des contrats et droit de la distribution*, Lille, 2016, dir. G. Chantepeie et N. Dissaux, à paraître.

CHANTEPIE, Gaël :

- « De la nature contractuelle des contrats-types », RDC, 2009, n°3 p. 1233.
- « L'efficacité attendue du contrat », RDC, 2010, n°1, p.347.
- « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », RDC, 2012, n°3, p. 989.
- « La précarité des relations commerciales », Etude, JCP, E, 2012, n°41, 1605.
- « La détermination de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives des pratiques commerciales déloyales », in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Evolution et perspectives*, Colloque, dir. E. TERRY et D. VOINOT, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2012, p. 86-103.
- « La recomposition des catégories juridiques contractuelles par le droit de la consommation d'origine européenne », in *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Colloque, dir. D. VOINOT et J. SENECHAL, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2012, p. 71-88.
- « Les conflits entre droits particuliers, manifestations d'une dissolution du rapport au droit commun en droit privé ? », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, Colloque, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2013, p. 51-67
- « Les clauses abusives et leur sanction », AJCA, 2015, p. 121.

CHAUVEL, Patrick : « Violence, contrainte économique et lésion », in *Mélanges en l'honneur d'Anne-Marie Sohm*, Clermont-Ferrand : LGDJ, Université d'Auvergne, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2004, p. 19-37.

CHAUVIRE, Philippe : « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, n°120, p. 29.

CHAZAL, Jean-Pascal :

- « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com. 22 octobre 1996) », Etude, JCP, G, 1998, n°29, I, p. 152.
- « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Colloque du 14 mai 2001, Centre René Demogue de l'Université de Lille II, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003, p.99.
- « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Etudes de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 279-309.
- « Violence économique ou abus de faiblesse », in Dossier : *Réforme du droit des contrats : le débat*, Dr. et patr., 10-2014, n°240, p. 47-49.

CHENEDE, François:

- « Charles Toullier : Le quasi-contrat », Etude, RDC, n°1-2011, p. 305.
- « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1^e partie) », Etude, RDC, n°1-2012, p.241.
- « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », Etude, RDC, n°3-2012, p. 1017.
- « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », D. 2015, p. 1226.
- « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme » in *Le projet de réforme du droit des contrats*, IX^e colloque annuel de l'association du Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, Paris, 3 avr. 2015, RDC, 2015 n°3 p. 615 s., spéc. p. 655.

CHONE-GRIMALDI, Anne-Sophie : « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », Etude, CCC, 2012, n°4, p.6.

CLAUDEL, Emmanuelle :

- « Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ? », in *Journée d'études Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires*, Centre de droit civil des affaires de l'Université Paris-Nanterre (Paris X), 1998, RTD Com., 1999, p.291.
- « Mutations récentes du droit de la concurrence », RTD Com., 2000, p. 877.
- « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », RTD Com., 2001, p. 663.
- « L'abus de puissance économique d'achat », in *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, Colloque sous la dir. de Y. SERRA, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 69 à 86.
- « Réforme du droit français de la concurrence : le grand jeu ? », RTD Com. 2009, p. 91.

CLAY, Thomas : « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », chr., D. 2014, p. 2541.

COUSIN, Michaël : « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? », Etude, JCP, E, 2008, n°43, p.2288.

CORNU, Gérard : « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », D. 2002, p. 351.

CRAMIER, Pierre : « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) », P. Aff., 12 juin 2000, n°116, p.4, article paru en trois parties, v. pour la deuxième partie, P. Aff, 13 juin 2000, n°117, p.4, et pour la troisième, P. Aff, 14 juin 2000, n°118, p.7.

DAVID, René : « L'imprévision dans les droits européen », in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence : Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 211-229.

DE BECHILLON, Denys, JAMIN, Christophe : « La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché (de l'immixtion du ministre de l'économie dans la coopération commerciale) », D. 2007, p. 2313.

DE FONTBRESSIN, Patrick : « L'abus d'état de dépendance économique, l'équité et la détermination du prix », Gaz. Pal., n° spécial 13 févr. 1997 : 1986-1996 : dixième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, p. 251-252.

DECOCQ, André, PEDAMON, Michel : « L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », JCL, conc. conso., 1987, n° spécial, n°81.

DECOCQ, Georges :

- « En guise de synthèse », in *Dossier Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, 2006, n°12, 30.
- « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », Chr., JCP E, 2009, n°30, p.1739.
- « Le réveil du « private enforcement » ? », CCC, 2012, repère 6.

DECOOPMAN, Nicole : « Droit du marché et droit des obligations », in *Colloque le renouvellement des sources du droit des obligations*, 1996, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, t. I, Lille, Paris : LGDJ, Coll. Journées nationales – Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 1997, p.141 à 153.

DELANNOY, Hervé, RASKIN, Emmanuel : « 3 questions : Les préjudices commerciaux des entreprises : analyse concrète des principales difficultés d'évaluation », JCP, E, 2013, n°13, p. 237.

DELEBECQUE, Philippe :

- « Clausula, Clausulae, Clausularum », in *Prospectives du droit économique, dialogues avec Michel Jeantin (Mélanges Michel Jeantin)* Paris : Dalloz, 1999, p.33-39.
- « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », RDC, 2008, p. 979.
- « Article 1168 : Clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », in *Dossier : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis »*, RDC, n°3-2015, p. 733-810, spéc. p. 759.

DELMAS SAINT-HILAIRE, Jean-Pierre : « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. P. Durand, Paris : LGDJ, 1960, p. 189-233.

BIBLIOGRAPHIE

DELPECH, Xavier :

- « LME, renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », D., 2008, p.2220.
- « Publication de la directive sur l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles », AJCA, 2015, p. 4.

DELORT, Sylvie : « La qualification aléatoire de l'abus de puissance d'achat, de vente ou de relations de dépendance », JCP, E, 2005, p. 483.

DEPINCE, Malo : « La clause de non-réaffiliation », Dr. et Patr., 2007, n°155, p.26 à 33.

DEREUX, Georges : « De la nature juridique des « contrats d'adhésion » », RTD Civ., 1910, p. 503-541.

DESCHAMPS, Marc : « L'instauration de l'Autorité de concurrence en France, réflexions sur la nécessité d'un débat technique et démocratique », RLC, n°10-2008, p. 204-207.

DESHAYES, Olivier :

- « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », RDC, 2008, p. 1008.
- « Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie », in Colloque « La rupture des contrats d'affaires : questions sensibles », Paris, 24 mai 2010, RLDA, 07-2010, n°51, p. 98-107.

DEUMIER, Pascale : « un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence », à propos de Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369, RTD Civ., 2011, p. 87.

DIENY, Emmanuel : « Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ? », JCP, E, 2015, 1626.

DIESSE, François : « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », Archives de philosophie du droit, 1999, t. 43, p. 259-302.

DISSAUX, Nicolas : « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », Dr. et patr., 10/2014, n°240, p. 53-56.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE, Loraine et MONTET, Christian : « Un droit de la concurrence, pour quoi faire ? », in Dossier *Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, 2006, n°12, 22.

DREIFUSS-NETTER, Frédérique : « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », RTD Civ., 1990, p.369.

DUMINY, Eve, BRETZNER, Jean-Daniel : « Petit manuel de survie à l'usage de ceux qui désirent rompre un contrat de distribution (ponctué de quelques réflexions iconoclastes) », RDC, 2011, n°1, p. 321.

DUPICHOT, Philippe : « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, colloque, dir. P. Stoffel-Munck, 8 avril 2015, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 73-79.

DURAND, Valérie : « Droit commun et Code civil », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, Colloque, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles : Larcier, coll. Code économique européen, 2013, p. 15-34.

DURRY, Georges : « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, dualité ou unité ? », in Colloque : *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif*, Faculté de droit et d'économie et l'Université de Savoie, 7 et 8 déc. 2000, RCA, juin 2001, n°6 bis, p. 20-24.

EDELMAN, Bernard : « De la liberté et de la violence économique », D, 2001, p. 2315.

ERESEO, Nicolas : « L'actualité du droit des pratiques restrictives de concurrence », P. Aff., n°210, 21 octobre 2010, p.33.

FAGES, Bertrand :

- « L'abus dans les contrats de distribution », in *L'abus de droit dans les contrats*, Colloque Université de Lyon II, 16 oct. 1998, dir. D. Mainguy, Cah. dr. ent., 1998/6, p. 1-38, spéc. p. 11-23.

- « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », D., 2003, p.2286.

FAGES, Bertrand, MESTRE, Jacques : « L’emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *in* Colloque : *Droit du marché et droit commun des obligations*, 24 et 25 octobre 1997, Centre de droit de la consommation de l’Université de Montpellier I et centre de Droit de la concurrence de l’Université de Perpignan sous la dir. de Y. Serra et J. Calais-Auloy, RTD Com., 1998, n°1, p.1 s, spéc. p. 71.

FASQUELLE, Daniel : « Concurrence déloyale : amende civile ou dommages punitifs », Gaz. Pal., 2001, p. 1681-1691.

FASQUELLE, Daniel, ROBERVAL, Laurent :

- « Une nouvelle réforme du droit des pratiques commerciales restrictives et de la transparence tarifaire par la loi en faveur des PME du 2 août 2005 », P. Aff., 2005, n°242, p.4.
- « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? Le Titre IV au regard des exemples étrangers : une exception française ? », *in* *Vingtième anniversaire de l’ordonnance du 1 et décembre 1986 Evolutions et perspectives*, Colloque, sous la dir. de G. CANIVET et L. IDOT, Paris : Lexis-Nexis Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p. 111 à 122.
- « Rapports distributeurs/ fournisseurs : l’exemple de l’encadrement par le droit français », *in* *A quoi sert la concurrence ?*, dir. M. Béhar-Touchais, N. Charbit, R. Amaro, Paris : Institut de droit de la concurrence, 2014, p. 355-360

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte :

- « Faut-il un Code civil européen ? », RTD Civ., 2002, p. 463.
- « Le changement de circonstances », RDC, 2004, n°1, p.67.
- « Vers un instrument optionnel en droit européen des contrats », *Revue Constitutions*, 2010, p.563.
- « Vers un droit commun européen de la vente », D., 2012, p.34.
- « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », RDC, 2013, p. 671.

FERRE, Dominique : « Regards sur l’efficacité du titre IV, livre IV du Code de commerce à l’occasion d’un bilan », *Etude in* Dossier – Droit de la distribution 2007 : bilan(s) et perspective(s) par Jacques RAYNARD, Cah. Dr. de l’ent., 2007, n°3, dossier 13.

FERRE, Dominique, GENTY, Nicolas, DEBERDT, Edwin : « La loi Châtel n°2008-3 du 3 janvier 2008 : quelles incidences dans les relations fournisseur-distributeur », RLDA, 2008, n°24.

FERRE, Dominique, PIHERY, Régis : « Pratiques restrictives de concurrence : étude du bilan de la CEPC 2011 », *Etude, CCC*, 2012, n°1 p.1.

FERRIER, Didier :

- « La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d’approvisionnement exclusif », D., 1991, p. 237.
- « L’indétermination du prix : les apports au droit commun des obligations », *in* colloque, 1996, Paris : *La détermination du prix : nouveau enjeux un an après les arrêts de l’Assemblée plénière*, RTD Com., 1997, p. 49.
- « Les rapports successifs et leurs effets », *in* *Rencontres Petites Affiches*, 22 mars 2005 : « Pratiques dans la distribution : la réforme impossible ? », sous la dir. de M.-A. Frison-Roche, P. Aff. 2005, n°130, p. 6.
- « Les pratiques restrictives de concurrence pour quelle finalité ? », *in* *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, mélanges en l’honneur d’Yves SERRA, Dalloz, 2006, p. 189 à 197.
- « La réforme des pratiques commerciales ». Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 », D., 2008, p. 429.
- « Panorama Concurrence distribution – juillet 2009 – décembre 2010 », D. 2011, p.540.
- « La distribution sélective dans le cadre du nouveau règlement n°330/2010 », JCP E, 2011, 1029.

BIBLIOGRAPHIE

- « Panorama Concurrence distribution – janvier 2011 – décembre 2011 », D. 2012, p.577.
- « Loi du 17 mars 2014 « relative à la consommation »... et pour un encadrement renforcé des relations entre professionnels », D. 2014, p. 889.
- « La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... en matière de distribution (?) », D. 2015, p. 1904.

FERRIER, Didier, FERRE, Dominique,

- « La réforme des pratiques commerciales (loi n°2005-882 du 2 août 2005), CCC, 2005, n°11, étude, 18.
- « La réforme des pratiques commerciales (loi n°2008-3 du 3 janvier 2008), CCC, 2008, étude, 2.
- « La réforme des pratiques commerciales (loi n°2008-776 du 4 août 2008) », D., 2008, p. 2234.

FOURGOUX, Jean-Claude, FOURGOUX, Jean-Louis : « La réforme de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence.- La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 : addition ou soustraction ? », JCP, G, 1996, n°44, 601.

FOURGOUX, Jean-Louis :

- « Inutilité du droit interne de la concurrence », RJ Com., 1989, p. 145.
- « La place du droit pénal dans l'administration de l'économie libérale : la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 », Rev. de sc. crim., 1997 p.653.
- « L'abus de dépendance économique », Gaz. Pal., n° spécial 13 févr. 1997 : 1986-1996 : dixième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.
- « Loi en faveur des PME et la modernisation des relations commerciales ou comment faire compliqué quand on peut faire simple », Gaz. Pal., 2005, n°263, p. 2.
- « Clauses abusives : « les écueils à éviter » », RLDA, 09-2006, n°8-79.
- « Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? » in Dossier *Les droits de la concurrence : chance ou contrainte pour l'entreprise ?* CCC, 2006, n°12, 26.
- « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? », in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} et décembre 1986 Evolutions et perspectives*, Colloque, sous la dir. de G. CANIVET et L. IDOT, Paris : Lexis-Nexis Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, « introduction », p. 109 à 110 et « conclusion », p.137 à 139.
- « Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse », Gaz. Pal., 2008, n°260, p.2.
- « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », Etude, CCC, 2011, n°3, p.5.
- « Déséquilibre significatif et cohérence du droit des pratiques restrictives », Etude, Concurrences, n°2-2011, in Dossier *Tendance : Approches plurielles du déséquilibre significatif*, p.6-9.
- « La clause de révision de prix dans les contrats d'affaires », AJCA, 2014, p. 24.

FOURGOUX, Jean-Louis, DJAVADI, Leyla : « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », CCC, 2013, étude, 14, paru aussi dans : JCP, E, 2013, 1691.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne :

- « L'indétermination du prix », RTD Civ., 1992, p. 269.
- « Droit de la concurrence et droit des contrats », Conférence, Cour de cassation, mars 2004, disponible sur le site : www.courdecassation.fr (rubrique colloques passés).
- « Contrat, concurrence, régulation », RTD Civ. 2004, p. 451.

GALLAGE-ALWIS, Sylvie, TILLARD, Constance : « La force majeure, roue de secours des entreprises sous conditions », Etude, JCP E, 2011, n°35 p.1606.

- GALLMEISTER, Inès** : « De la validité de la clause compromissaire contenue dans un acte mixte », P. Aff., 29 oct. 2004, n°217, p.12.
- GASSIN, Raymond** : « Loi spéciale et droit commun », D. 1961, Chr. p. 91.
- GAVALDA, Christian, LUCAS DE LEYSSAC, Claude** : « Commentaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », ALD, 1988, p. 47.
- GENICON, Thomas** : « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », RDC, 2008, p. 982.
- GENTY, Nicolas, DELESALLE, Dimitri, DEBERDT, Edwin** : « LME, l'ultime réforme des relations commerciales ? », RLDA, 10-2008, n°31-87.
- GHESTIN, Jacques** :
- « L'abus dans les contrats », Gaz. Pal., 1981, 2, doct. p. 379-384. ,
 - « La notion de contrat », Etude, D. 1990 p.147.
 - « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », D., 1993, p. 251.
 - « L'indétermination du prix entre passé et avenir », P. Aff., 6 mars 1996, n°29, p.19.
 - « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », D., 2004, p. 2239.
 - « L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat », *in* Droit et actualité – Mélanges Jacques Béguin, Litec, 2005, p. 311.
 - (sous la dir. de) « Droit des contrats », Chr., JCP, G, 2010, Doctr. 516.
- GHESTIN, Jacques, BARTEZ, Anne-Sophie, GROSSER, Paul (...)** : « Droit des contrats », Chr., JCP, G, 2011, n°19, p.566, spéc. n°4-6.
- GICQUIAUD, Emilie** : « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD Com., 2014, p. 267.
- GLAIS, Michel** : « L'état de dépendance économique au sens de l'art. 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : Analyse économique », Gaz. Pal., 1989, 1, doct. p. 290.
- GOMY, Marc** : « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », *in* Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Paris : Dalloz, 2006.
- GRALL, Jean-Christophe** :
- « Présentation des principales dispositions du projet de Loi de modernisation de l'économie : affirmation du principe de libre négociabilité des tarifs », RLC, juill. 2008, p. 24-27.
 - « Loi de modernisation de l'économie : dispositions relatives aux relations industrie-commerce », RLC, 10-2008, n°17, p. 34-39.
- GRALL, Jean-Christophe, BUISSIONNIERE, Thibault** : « Déséquilibre significatif : convergence et divergence entre le B to B et le B to C », RLC, 04-2015, n°43, p. 26-29.
- GRALL, Jean-Christophe, LAMY, Thomas, GEAY, Nicolas, GRASS, Charlotte** : « Modernisation des relations commerciales : une nouvelle ère », RLDA, 2005, n°85, p.26.
- GRALL, Jean-Christophe, LAMY, Thomas, KOUCHNIR-CARGILL, Nathalie** : « Loi de modernisation de l'économie – An I – Dispositions relatives aux relations industrie/commerce (1^{ère} partie), RLC, 04-2009, n°19, p. 129-140.
- GRANGEON, Julie** : « La directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du *private enforcement* dans l'Union ? », RLDA, 02-2015, n°101, p. 59-62.
- GRATTON, Laurène** : « Les clauses abusives en droit commun des contrats », D. 2016, p. 22.
- GRIMALDI, Cyril** : « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », D. 2015, p. 814.
- GRYNBAUM, Luc** : « La notion de solidarisme contractuel », *in* *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 25-39.
- GUENZOU, Youssef** : « La moralisation des clauses de non-concurrence ? », P. Aff., 2011, n°234, p.25.

BIBLIOGRAPHIE

GUEVEL, Didier : « Quelques aspects de la loi « NRE » en matière de concurrence », *Gaz. Pal.*, 30 mai 2002, n°150, p. 36.

GURIN, Andrei : « Nouvelles règles relatives aux restrictions verticales », *JCP, E*, 2011, 1027.

HAASBEEK, Luke : « La Directive sur les actions en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence », *CCC*, 2015, dossier 5.

HAERI, Kami, RAZAVI, Mahasti : « La prévision dans le contrat, la prévision dans le procès », *Etude, Gaz. Pal.*, 30 décembre 2010, n°364, p.14.

HAUSER, Jean : « Rapport de synthèse » *in Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, Paris : Economica, 2004, p. 193-201.

HOMOBONO, Nathalie : « LME, un an après : le point de vue du directeur de la DGCCRF », *RLC*, 10-2009, n°21, dossier spécial, LME, Un an après.

HOUTCIEFF, Dimitri : « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant ? », *RDC*, 2008, p.1020.

HUET, Jérôme : « Le scandale de l'harmonisation totale », *RDC*, n°3-2011, p. 1070.

IDOT, Laurence :

- « La protection par le droit de la concurrence », *in Les clauses abusives entre professionnels*, Colloque, Lille, 1997, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 1998, p.55-71.
- « La deuxième partie de la loi « NRE » ou la réforme du droit français de la concurrence », *JCP, G*, 2001, n°36, I, 343.
- « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *Etude, RDC*, 2004, n°3, p.882.
- « Adoption des nouveaux règlements d'exemption en matière de restrictions verticales », *RDC*, 2010, p. 1269.
- « Un pas vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales », *Focus, Revue Europe*, 2013, n°3, alerte 9.

IZORCHE, Marie-Laure : « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *in Droit du marché et droit commun des obligations*, colloque, 1997, Centre de droit de la consommation de l'Université Montpellier I et Centre de droit de la concurrence de l'Université de Perpignan, dir. Y. Serra et J. Calais-Auloy, *RTD Com.*, 1998, n°1, p.1 s, spéc. p. 17 s.

JACQUE, Jean-Paul, « Le traité de Lisbonne, une vue cavalière », *RTD Eur.*, 2008, p.439.

JAKOULOFF, Karim : « Des clauses abusives aux pratiques commerciales déloyales : deux directives complémentaires », *P. Aff.*, 10 juin 2015, n°115, p. 18.

JAMIN, Christophe :

- « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *Etude, JCP, G*, 1996, I.3959.
- « Loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales (JO 3 juill. 1996 p.9983) », *RTD Civ.*, 1996, p. 1009.
- « L'indétermination du prix : les apports au droit des contrats-cadres », *in colloque*, 1996, Paris : *La détermination du prix : nouveau enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, *RTD Com.*, 1997, p. 19.
- « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *in Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, colloque, Faculté de droit de Chambéry, 1997, *Dr. et patr.*, mars 1998, n°58, p. 46-57.

- « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *L'avenir du droit*, mélanges en l'honneur de François TERRE, Paris : Dalloz : PUF : Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 125-139.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 441.
- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D., 2002, p. 901.
- « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Colloque du 14 mai 2001, Centre René Demogue de l'Université de Lille II, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 7-26.
- « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », D., 2003, p. 2878.
- « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, Coll. études juridiques, 2004, p.159-171.
- « Le solidarisme contractuel : un regard Franco-québécois », 9^e Conférence Albert Mayrand, Montréal : Editions Thémis, 2005, disponible sur le site de l'éditeur : <http://www.editionsthemis.com/telecharger.php?livreId=4545>.
- « Demogue et son temps, réflexions introductives sur son nihilisme juridique », RIEJ, 2006/1, Vol. n°56, p.5-19.

JARROSSON, Charles : « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », JCP, G, 2001, n°27, I, 333.

JEANTET, Fernand Charles :

- « L'esprit du nouveau droit de la concurrence », JCP, G, 1987, n°9, I, 3277.
- « L'esprit du nouveau droit de la concurrence (suite et fin) », JCP, G, 1987, n°10, I, 3277.

JEOL, Michel : « Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995 », in colloque, 1996, Paris : *La détermination du prix : nouveau enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, RTD Com., 1997, p.1.

JESTAZ, Philippe : « Une révolution inaperçue. A propos de l'acte juridique », RTD Civ., 2014, p. 67.

JOSSERAND, Louis : « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Paris : Sirey, 1934, p. 333-346.

JOURDAIN, Patrice :

- « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{ème} journées R. Savatier, colloque, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Université Catholique de Nimègue et Université de Poitiers, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, Paris : PUF, publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, tome 32, p. 65-79.
- « Un accident de la circulation ne peut être volontairement causé », RTD Civ., 1995, p. 132.

KARIMI, Abbas :

- « Les modifications des dispositions du Code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », P. Aff., 1995, n°54, p. 4.
- « L'application du droit commun des clauses abusives après la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », JCP, G, 1996, I, 3918.

KEIRSBILCK, Bert : « Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales déloyales « b2c » et « b2b » ? », in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Evolution et perspectives*, Colloque, sous la dir. de E. TERRYN et D. VOINOT, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2012, p. 156-175.

KIRILLOV, Alexios : « Les clauses de hardship en droit prospectif à l'épreuve de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce », P. Aff., 2011, n°190, p.5.

BIBLIOGRAPHIE

KULLMANN, Jérôme : « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, p. 59.

LAGARDE, Xavier : « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Etude pratique », Etude, JCP, G, 2006, I, 110.

LAITHIER, Yves-Marie :

- « Remarques sur les conditions de la violence économique », P. Aff., 22 nov. 2004, n°233 p. 6 et 23 nov. 2004, n°234, p. 5.
- « Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », RDC, 2009, n°4, p.1650.
- « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law », RDC, n°1-2010, p. 407.

LAJNEF, Nizar : « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », RLC, 04-2014, n°39, p. 171-177.

LARDEUX, Gwendoline : « En droit commun, équilibre contractuel et sécurité juridique » in *L'équilibre du contrat*, colloque, Aix-en-Provence, 2012, dir. G. Lardeux, Centre P. Kayser, Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Laboratoire de droit privé et sciences criminelles, 2012, p. 59-74.

LASSERRE, Valérie : « Les sanctions civiles en droit de la concurrence », in *Au-delà des codes*, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane PAYET, Paris : Dalloz, Coll. Etudes, mélanges, travaux, 2012, p. 343 à 362.

LATINA, Mathias : « Les derniers développements du droit européen des contrats », Réponse à D. MAZEAUD, RDC, 2012, n°1, p. 299.

LASBORDES DE VIRVILLE, Victoire : « Le point sur les clauses limitatives et exclusives de réparation en droit des contrats », RLDC, 2011, p.82.

LAURIN, Benoît : « Trois questions, l'interprétation de la notion de déséquilibre significatif dans les relations fabricant-distributeur », JCP, E, 2011, n°43, p.553.

LA LAURENCIE (DE), Jean-Patrice, GIVRY, Laure... : « Loi NRE : régulation de la concurrence », Etude, RLDA, 2001, Supplément au n°40.

LE GAC-PECH, Sophie,

- « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », Etude, CCC, 2009, étude 12.
- « Bâtir un droit des contractants vulnérables », Etude, RTD Civ., 2014, p. 581.
- « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », P. Aff., 24 sept. 2015, n°191, p. 4.

LE TOURNEAU, Philippe : « Le bon vent du parasitisme », CCC, 2001, chr. 1.

LE TOURENAU, Philippe, ZABALZA, Alexandre : « Le réveil des quasi-contrats (à propos des loteries publicitaires) », CCC, 2002, chron. 22.

LEBOUCHE, Pamela : « La réforme du droit de la concurrence », P. Aff., 1996, n°155, p.5.

LEBRETON, Sylvie : « La commission d'examen des pratiques commerciales : une occasion manquée pour la médiation », P. Aff., 26 août 2002, n°170, p. 26.

LEDUC, Fabrice : « La détermination du prix : une exigence exceptionnelle ? », Etude, JCP, G, 19925, I, 3631.

LEGEAIS, Dominique : « La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : l'espoir déçu », Etude, JCP, E, 1992, p. 135.

LEMAY, Pierre : « La remise en cause du modèle traditionnel de la distribution autorisée par la libéralisation de la vente sur l'Internet », Etude, RLDA, 2013/12, n°88, p. 76.

LEQUETTE, Yves :

- « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », D. 2002, p. 2202.

- « Vers un code civil européen ? », *Revue Pouvoirs*, nov. 2003, n°107, p. 97-126.
- « Le Code européen est de retour », *RDC*, n°3-2011, p. 1036.
- « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, mélanges offerts à Paul Didier, Paris : Economica, 2008, p. 247-287.
- « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris : Lexis-Nexis : Dalloz, 2012, p. 879-903.
- « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in *Au-delà des Codes*, mélanges en l'honneur de M.- S. Payet, Paris : Dalloz, coll. Etudes, mélanges, travaux, 2012, p. 363-382.

LETURNY, Laurence : « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD Civ.*, 1998, p. 839.

LEVENEUR, Laurent :

- « Le forçage du contrat », in Dossier *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Colloque, Faculté de droit de Chambéry, 1997, Dr. et patr., 1998, n°58, p. 69-77.
- « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 173-191.
- « Le Code civil, cadre normatif concurrencé », in Colloque : *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, Bordeaux, 18-19 juin 2004, dir. B. Saintourens, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 123-149.
- « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, mélanges offerts à P. Didier, Paris : Economica, 2008.

LEVRETON, Sylvie : « La commission d'examen des pratiques commerciales : une occasion manquée pour la médiation », *P. Aff.*, 26 août 2002, n°170, p. 26.

LOISEAU, Gégoire :

- « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », Dr. et part., sept. 2002, p. 26 et s.
- « Le crépuscule des clauses limitatives de réparation », *RLDC*, mai 2007, p.6.
- « La consécration de la violence économique », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, colloque, dir. P. Stoffel-Munck, 8 avril 2015, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 33-36.

LUCAS DE LEYSSAC, Claude : « Concurrence et compétition », *D.*, 2004, p.1722.

LUCAS DE LEYSSAC, Claude, PARLEANI, Gilbert : « L'atteinte à la concurrence » in *Le contrat au XXI^e siècle*, études offertes à Jacques Ghestin, Paris : LGDJ, 2001, p. 601-616.

LUCAS DE LEYSSAC, Claude, CHAGNY, Muriel : « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC*, 2009, n°3 p.1268.

LUCAS DE LEYSSAC, Claude, GAVALDA, Christian : « Commentaire de la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, fin ou lever de rideau », *Chronique, D.* 1986, p.187.

MAGAR, Fabrice : « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et de renégociation », *D.* 2010, p. 1959.

MAINGUY, Daniel :

- « Premiers regards sur l'abus de droit dans les contrats », in *L'abus de droit dans les contrats*, Colloque Université de Lyon II, 16 oct. 1998, dir. D. Mainguy, *Cah. dr. ent.*, 1998/6, p. 1-38, spéc. p. 1-4.
- « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », in *L'abus de droit dans les contrats*, Colloque Université de Lyon II, 16 oct. 1998, dir. D. Mainguy, *Cah. dr. ent.*, 1998/6, p. 1-38, spéc. p. 23-30.
- « L'esprit et la lettre du nouvel article L.442-6 du Code de commerce », *Etude, JCP, E*, 2002, 1729.

BIBLIOGRAPHIE

- « Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats », RDC, 2008, p.1030.
- « Défense, critique et illustration de certains point du projet de réforme du droit des contrats », D., 2009, p.308.
- « Le déséquilibre significatif entre contractants (professionnels) », article du site www.lexcellis-avocats.fr, (www.lexcellis-avocats.fr/article-le-desequilibre-significatif-entre-contractants-professionnels).
- « Le déséquilibre significatif devant le juge », article du site www.lexcellis-avocats.fr, (www.lexcellis-avocats.fr/article-le-desequilibre-significatif-devant-le-juge) paru également in Cahiers Teutates, Revue de droit et économie, n°1/1 – 2012.

MALAUURIE-VIGNAL, Marie :

- « Le référé-concurrence », JCP, G, 1993, I, 3637.
- « Droit de la concurrence et droit des contrats », D., 1995, p.51.
- « Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », D., 1996, p. 361.
- « Aperçu sur la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », CCC, 2001, n°6, p. 3.
- « Solidarisme, distribution et concurrence », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 95-105.
- « Le consommateur et le droit de la concurrence », CCC, 2005, n °11, Repère 10.
- « L'article L.442-6 du Code de commerce, une disposition restée lettre morte ? », Etude, CCC, 2006, n°6, étude 10.
- « Une loi provisoire, une loi pour rien ? », CCC, 2008, n°2, comm. 40.
- « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », CCC, 2008, comm. 238.
- « Le nouvel article L.442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », Etude, CCC, 2008, n°11, Dossier 5 : Moderniser l'économie.
- « Etude du règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 § 3 à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées », CCC, 2010, étude, 9.
- « Ethique des pratiques restrictives », in colloque, Paris, 2011 : *La loyauté en droit de la concurrence et de la consommation*, P. Aff., 2011, n°234, p. 14.
- « Négociation commerciale et loi Hamon : une loi volumineuse pour un tout petit droit », CCC, 2014, repère 7.

MALAN, Alexandre : « Le champ d'application dans l'espace des dispositions de la LME en matière de pratiques restrictives de concurrence – Quelques observations sur une position récente de la DGCCRF », Etude, CCC, 2010, n°3, p.4.

MATHEY, Nicolas : « Du déséquilibre significatif... », CCC, 2011, n°11, p.10.

MARECHAL, Camille : « Le volet « concurrence » de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », CCC, 2014, dossier 4.

MARTY, Richard : « Les clauses d'évènements défavorables et de déchéance du terme dans les contrats de financement », Etude, JCP, E, 2011, n°12, p.1250.

MAYMONT, Antony : « La violence économique : une réalité consacrée ? », RLDC, 11-2014, n°120, p. 8-12.

MAZEAUD, Denis :

- « Le juge face aux clauses abusives », in Colloque *Le juge et l'exécution du contrat*, IDA Aix-en-Provence, 1993, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Institut de droit des affaires, 1993.

- « La réduction des obligations contractuelles », in Dossier *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, colloque, Faculté de droit de Chambéry, 1997, Dr. et patr., mars 1998, n°58, p. 58-68.
- « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque, dir. M. Behar-Touchais, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, 1998, P. Aff., 30 sept. 1998, n°117, p. 12.
- « Le nouvel ordre contractuel », RDC, 2003, n°1, p. 295.
- « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 57-71.
- « Le juge et le contrat Variations optimistes sur un couple « illégitime » », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, Paris : Dalloz, 2005, p. 235-259.
- « La révision du contrat », P. Aff., 30 juin 2005, n°129, p. 4.
- « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in Colloque : *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, dir. G. Pignarre, Université de Savoie, 10 déc. 2004, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 73-97.
- « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, Paris : Dalloz, Coll. Etudes, mélanges, travaux, 2006, p. 271-.
- « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », D. 2007, p.2959.
- « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance économique en droit des contrats », in mélanges en l'honneur de P. Didier, *Etudes de droit privé*, Paris : Economica, coll. Droit des affaires, 2008, p. 325-352.
- « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », D. 2010, p. 1832.
- « Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ? » in *Au-delà des codes*, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane PAYET, Paris : Dalloz, Coll. Etudes, mélanges, travaux, 2012, p. 439 à 456.
- « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, dir. G. Wicker, Paris : Lexis-Nexis : Dalloz, 2012, p. 905-926.
- « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Paris : Dalloz, Coll. Etudes, mélanges travaux, 2013, p. 517 à 532.
- « Réforme, vous avez dit réforme ? » éditio, JCP, G, 2016, 243.

MAZEAUD, Denis, GENICON, Thomas :

- « Protection des professionnels contre les clauses abusives », RDC, 2012, p. 276.

MAZET, Pierre : « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, colloque, Faculté de droit de La Rochelle, 2002, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 13-24.

MEFFRE, Jean-Marie : « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? », in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1 et décembre 1986 Evolutions et perspectives*, Colloque, sous la dir. de G. CANIVET et L. IDOT, Paris : Lexis-Nexis Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p. 123 à 130.

MEKKI, Mustapha :

- « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie) », Etude, RDC, 2006, n°4, p.1051.
- « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^e partie) : l'efficacité de la clause », Etude, RDC, 2007, n°2, p.239.

BIBLIOGRAPHIE

- « Hardship et révision des contrats, 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », Etude JCP, G, 2010, 1219.
- « Hardship et révision des contrats, 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de révision pour imprévision », Etude, JCP, G, 2010, 1257.
- « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015, p. 816.

MESTRE, Jacques :

- « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, Paris : PUF, Coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1986, p. 41-60.
- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD Civ., 1986, p. 100.
- « Jurisprudence française en matière de droit civil », RTD Civ., 1989, p. 523, spéc. p. 535-538.
- « Bonne foi et équité, même combat ! », RTD Civ., 1990, p. 649.
- « Clauses abusives et professionnels », RTD Civ., 1996, p. 609.
- « L'article 1131 du Code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels », RTD Civ., 1997, p. 418.
- « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », RLDC, mars 2009, n°58, p.7-9.
- « La réforme projetée du droit français des contrats », actes des rencontres Lamy droit civil, Montpellier, 25 sept. 2015, RLDC, déc. 2015, n°132, supplément.

MIGNOT, Marc : « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », RRJ, 2004-4, p. 2153-2197.

MOLFESSIS, Nicolas :

- « Remarques sur l'efficacité des décisions de justice (à propos des effets de l'arrêt Chronopost) », RTD Civ., 1998, p. 213.
- « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque, dir. M. Behar-Touchais, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, 1998, P. Aff., 30 sept. 1998, n°117, p. 21.
- « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », JCP, G, 2015, 1415.

MONTELS, Benjamin : « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », D., 2002, p.417.

MOURY, Jacques :

- « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, p. 382.
- « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », in Dossier : *Réforme du droit des contrats : quel impact sur les contrats d'affaires*, AJCA, 2016, p. 123.

MOUSSERON, Jean-Marc, SELINSKY, Véronique, FERRIER, Didier : « Le mort saisit le vif. Commentaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence », Etude, JCP, E, 1987, n°1, 14840.

NARAYAN-FOURMENT, Hélène : « La commission d'examen des pratiques commerciales et les conditions « générales » d'achat : « Quand on ne voyage qu'en passant, on prend les abus pour les lois du pays » », D. 2004, p. 3207.

NOTTE, Gérard : « Mise en place de l'autorité de la concurrence », JCP, E, 2008, act. 505.

NOURISSAT, Cyril :

- « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », D, 2000, p. 369.
- « Bref retour sur les actions des autorités publiques devant les juridictions civiles ou commerciales », RLC, 5/2005, n°3, p. 74-76.
- « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action », RLDA, 9/2007, n°19, p. 67-69.

OPPETIT, Bruno :

- « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship » », *Journal de droit international Clunet*, 1974, p. 794-814.
- « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 241.

PAISANT, Gilles :

- « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99.
- « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct » », *JCP, G*, 2003, I, 121.
- « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *Etude, JCP, G*, 2012, n°18 p.560.

PANSIER, Frédéric-Jérôme, CHARBONNEAU, Cyrille : « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (3^{ème} partie) », *P. Aff.*, 23 mai 2001, n°102, p. 14.

PARLEANI, Gilbert :

- « Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon : Aspects actuels du droit des affaires*, Paris : Dalloz, 2003, p. 881-904.
- « Petit vent frais sur le « Titre IV » », *AJCA*, 2014, p. 251.

PAYET, Marie-Stéphane : « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », *in* « Contrat et marché », *RDC*, 2006, n°4, p. 1338.

PECNARD, Christophe : « Le déséquilibre significatif : tentative d'approche pratique », *Concurrences*, n°2-2011, *in* *Dossier Tendances : Approches plurielles du déséquilibre significatif*, p.10-16.

PECNARD, Christophe et ROBIC, Gaëlle :

- « Les rapports industrie-commerce ou la vaine recherche de l'équilibre parfait », *Etude, P. Aff.*, 2005, n°55, p.6.
- « Lutte contre les pratiques déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire : les recommandations de la Commission à la lumière de l'expérience française », *AJCA*, 2014, p. 338.

PELLIER, Jean-Denis : « Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats », *P. Aff.*, 16 nov. 2015, n°228, p. 8.

PENNEAU, Anne :

- La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique (critique de l'article L. 442-6, III du Code de commerce et propositions) », *D.* 2003, p. 1278.
- « L'article L. 442-6, III du Code de commerce en question », *D.* 2007, p. 2630.

PERES, Cécile : « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC*, 1^{er} janvier 2011, n°1 p.13.

PETIT, Françoise : « La commission d'examen des pratiques commerciales : un nouveau cadre juridique pour les rapports entre les fournisseurs et les distributeurs ? », *RRJ*, n°1-2002, p. 339-364.

PETIT, Stéphane : « Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une brusque rupture des relations commerciales », *D.* 2010, p. 1813.

PICHON DE BURY, Marc, MINET, Chloé : « Incidences de la suppression de l'article L.446-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME », *Etude, CCC*, 2008, n°12, p. 13.

PICOD, Yves :

- « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *Etude, JCP, G*, 1989, I, 3318.

BIBLIOGRAPHIE

- « Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle », in *La concurrence déloyale, permanence et devenir*, Colloque, Université de Perpignan, Dir. Y. Serra, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 11-26.
- « Droit de la distribution et droit des contrats », P. Aff., 1^{er} juillet 2005, n°130, p. 19.
- « Plaidoyer pour une consécration légale de la concurrence déloyale », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA, Paris : Dalloz, 2006, p. 359-371.
- « Concurrence déloyale et intervention fautive sur un marché », in *Droits de propriété intellectuelle : liber amicorum Georges Bonet*, Paris : Lexis-Nexis, Coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2010, p. 421-430.
- « Concurrence déloyale et responsabilité civile », AJCA, 2014, p. 152.
- « Les effets inattendus du droit européen de la consommation sur le droit des pratiques commerciales », AJCA, 2014, p. 347.
- « Le charme discret de l'imprévision à la française », AJCA, 2015, p. 441.

PIEDELIEVRE, Stéphane : « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », JCP, E, 2014, 1176.

PIROVANO, Antoine : « La concurrence déloyale en droit français », RID Comp., Vol. 26, n°3, juil.-sept. 1974, p. 467-504.

PIROVANO, Antoine, M. SALAH, Mahmond : « L'abus de dépendance économique : une notion subversive ? », P. Aff., 21 sept. 1990, n°114, p. 4 et 24 sept. 1990, n°115, p. 4-15.

POESY, René : « Le conseil de la concurrence, juge du contrat », P. Aff., 20 oct. 2000, n°210, p. 4.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric : « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels de droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 925-950.

PONSARD, Michel : « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », CCC, 2013, dossier 4.

POUILLE, Laurent : « Plaidoyer pour un changement dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs », Etude, CCC, 2004, n°7, étude 11.

PRIETO, Catherine :

- « Un Code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », P. Aff., 7 mai 2004, n°92, p. 19.
- « L'efficacité contractuelle dans le droit de la libre concurrence (l'exemple de la clause d'exclusivité) », RDC, n°3/2004, p. 875.
- « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », D. 2007, p. 2884.

RAYMOND, Guy :

- « Incidences possibles de la transposition de la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation », CCC, 2006, Etude, 1.
- « Directive consommateurs n°2011/83/UE du 25 octobre 2011 », Etude, CCC, 2012, n°2, p.3.

RAYNARD, Jacques :

- « Pratiques restrictives de concurrence : l'action du ministre à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », Cah. dt. ent., 2007, dossier 14.
- « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6-III du Code de commerce », JCP, E, 2007, 1864.

REMY, Philippe :

- « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », Etude, RTD Civ., 1997, p. 323.
- « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?* Colloque 3 et 4 mai 2002, Faculté de droit de La Rochelle, dir. L. GRYNBAUM, M. NICOD, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, 2004, p. 3-11.

RETTNERER, Stéphane : « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », D. 2003, p.1210.

- REJET, Thierry** : « L'indétermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », in colloque, 1996, Paris : *La détermination du prix : nouveau enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, RTD Com., 1997, p. 37.
- RIEM, Fabrice** : « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », RLC, 10-2009, n°21, p. 31-39.
- RIFFAULT-SILK, Jacqueline** :
- « Droit des contrats et régulation économique », Etude, RLC, 2005 n°3.
 - « Le déséquilibre significatif : une approche comparatiste », Concurrences, n°2-2011, Dossier Tendances : *Approches plurielles du déséquilibre significatif*, p.17-24.
- RIPERT, Georges** :
- « L'ordre économique et la liberté contractuelle » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II : *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, p.347 à 353.
 - « Le droit de ne pas payer ses dettes », D., 1936, p. 57.
 - « Ebauche d'un droit civil professionnel » in *Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Paris : Dalloz, 1939, p.677-393.
- RIVOAL, Olivier** : « La dépendance économique en droit du travail », D. 2006, p. 891.
- ROBIN, Catherine** : « L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique », P. Aff., 28 juil. 1989, n°90, p. 15, 31 juil. 1989, n°91, p. 18 et 2 août 1989, n°92, p. 13.
- ROCHER, Etienne** : « Le déséquilibre significatif et la commande ouverte dans l'industrie », Etude, JCP E, 2012, n°49, 1741.
- ROCHFLED, Judith** :
- « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », RTD Civ., 2001, p. 671.
 - « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaires et internes », D. 2009, p. 2047.
- ROME, Felix** :
- « Clauses abusives : les trente glorieuses... », D., 2008, p.2337.
 - « Le droit des contrats à l'Assemblée nationale : du grand n'importe quoi ! », D., 2011, p. 1961.
- ROUGEAU-MAUGER, Corinne** : « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », RTD Com. 2010, p. 653.
- ROUSSEL-GALLE, Philippe** : « Brève introduction historique », in *Colloque L'abus en droit des affaires et le pouvoir modérateur du juge*, Paris, 7 oct. 2009, Gaz. Pal. 16 décembre 2009, n°353, p. 3 et s, spéc. p. 6.
- RUE, Romain, CONTIS, Nicolas** : « Cinq ans de jurisprudence sur la notion de « déséquilibre significatif ». Bilan et perspectives », JCP, G, 2014, 323.
- SAINT-ESTEBEN, Robert** : « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », RDC, n°3-2009, p. 1275.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha** : « Observations sur l'article 1169 du projet », P. Aff., 4 sept. 2015, n°177, p. 70.
- SAVAUX, Eric** :
- « La fin de la responsabilité contractuelle ? », RTD Civ., 1999, p. 1.
 - « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », Etude, RDC, 2010, n°3, p. 1057.
- SELINSKY, Véronique** : « l'autorité de la concurrence « unique » : une réforme à parfaire », RLC, n°10-2008, p. 202-204.
- SELINSKY, Véronique, PEYRE, Johanne** : « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce », RLC, 1-2005, n°2, p. 114-121.

BIBLIOGRAPHIE

- SENECHAL, Juliette** : « Le contenu des contrats », in O. DESHAYES (dir.) : *le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, société de législation comparée, coll. TEE, vol. 6.
- SERRA, Yves** : « Rapport introductif », in *La concurrence déloyale, permanence et devenir*, Colloque, Université de Perpignan, 2000, dir. Y. SERRA, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 1-9.
- SIMON, Joëlle** : « Les nouvelles orientations du droit français de la concurrence : la lutte contre les pratiques déloyales, la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », D. Aff. 1997, p. 652.
- STOFFFEL-MUNCK, Philippe** :
- « L'après-contrat », Etude, RDC, 2004, n°1, p.159.
 - « Autour du consentement et de la violence économique », RDC, 2006 n°1, p. 45.
 - « L'infraction de vente liée à la dérive... Observations sur les malfaçons du droit de la consommation », JCP, G, 2009, 84.
 - « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD Com. 2013, p.705.
 - « Clauses abusives : On attendait Grouchy... », Dr. et patr., 10/2014, n°240, p. 56-59.
- STUYCK, Jules** :
- « La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs », in *Concurrence et consommation*, Colloque, Perpignan, 8 et 9 octobre 1993, dir. de Y. Serra et J. Calais-Auloy, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1994, p. 95-109.
 - « Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales », RID éco., 2011/4, p. 455-479.
 - « Jurisprudence de la Cour de justice concernant la directive pratiques commerciales déloyales », in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, évolution et perspectives*, colloque, Lille, 25 novembre 2010, dir. E. Terryn et D. Voinot, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2012, p. 13-26.
- TALLON, Denis** :
- « Vers un droit européen du contrat ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris : Litec, 1993, p. 485-494.
 - « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD Civ., 1994, p. 223.
 - « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Droit et vie des affaires*, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag, Paris : Litec, 1997, p. 403-417.
- TESTU, Xavier** : « Le juge et le contrat d'adhésion », JCP, G, 1993, I, 3673.
- THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine** : « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », Etude, RTD Civ., 1997, p.357.
- THIERIET-DUQUESNE, Aurélie** : « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale. Les limites de l'harmonisation totale », P. Aff., 27 avr. 2009, n°83, p. 9.
- TISSEYRE, Sandrine** : « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », D. 2011, p. 2245.
- TITONE, Thierry, COULON, Frédéric, DARY, Matthieu** : « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel », JCP, E, 2011, 1435.
- TOSI, Jean-Pierre** : « Chronopost 3 : l'épilogue ? », D. 2005, p. 1864.
- TRICOIT, Daniel** : « Vers un équilibre significatif dans les pratiques commerciales », Concurrences, n°2-2011, Dossier : Tendances : *Approches plurielles du déséquilibre significatif*, p.25-30.
- UTZSCHNEIDER, Yann, LAMOTHE, Alexandra** : « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », RDC, 2009, n°3, p.1261.

VASSEUR, Michel : « Le nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », RTD Civ., 1964, p. 5.

VILMART, Christine :

- « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE. 1.- De la création de la Commission des pratiques commerciales à la nullité des clauses abusives », Journée d'études des Editions du Juris-Classeur, 10 octobre 2001, *la loi n°2001-420 sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001*, Etude, JCP, E., 2001, p.1994.
- « Le volet concurrence de la loi en faveur des PME : de la « facturologie » au « bidouillage » », Gaz. Pal., 2005, n°326, p.2.
- « La loi Châtel pour le développement de la concurrence au service des consommateurs – Analyse de ses conséquences dans les relations producteurs distributeurs », Etude, JCP, E, 2008, n°2, p. 1041.

VILMART, Christine, LEGUIN, Emmanuelle : « La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence », Etude, JCP, E, 2008, n°31, p. 1997.

VINEY, Geneviève :

- « Responsabilité civile », chr., JCP, G, 1993, I, 3727.
- « La responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie », RDC, n°3-2009, p. 1048.
- « Evolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile », in *Quel avenir pour la responsabilité civile*, Colloque, dir. Y. Lequette et N. Molfessis, Association du Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, 2014, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 23-37.

VIRASSAMY, Georges :

- « Le nouveau régime des pratiques restrictives de concurrence entre professionnels », D. 1988, p. 113.
- « Les relations entre professionnels en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaisons franco-belges*, rencontres Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et Centre de droit des obligations de l'Université Catholique de Louvain, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, t. 261, 1996, p. 479-511.

VOGEL, Louis :

- « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », Rev. conc. conso., 2000, n°155, p. 7.
- « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », D., 1995, p. 155.
- « La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre », Etude, in Dossier : Distribution et droit de la concurrence, JCP, E, 2012, 1182.
- « Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage ? », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris : Dalloz, Coll. Etudes, mélanges, travaux, 2012, p.745 à 753.
- « La dérive du droit de la rupture brutale des relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Germain*, Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 855-866.

VOINOT, Denis :

- « La protection du créancier dans l'Union européenne », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Paris : Litec : Dalloz, 2011, p. 301-316.
- « La lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales : une harmonisation du droit des pratiques commerciales déloyales dans les relations entre professionnels ? », in *Droit*

BIBLIOGRAPHIE

européen des pratiques commerciales déloyales : évolution et perspectives, Colloque, 2011, Lille, dir. D. VOINOT et E. TERRYIN, Bruxelles : Editions Larcier, Coll. Code économique européen, 2012, p. 136 à 143.

- « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris : Montchrestien, Editions Lextenso, 2012 (p. 565-578).
- « Délais de paiement : Nouvelles règles européennes, nouvelles contraintes nationales ? L'évolution du droit français », in *Un recouvrement de créances sans frontières ?*, Colloque, 2012, Lille, sous la dir. de J. ATTARD, M. DUPUIS, M. LAUGIER, V. SAGAERT et D. VOINOT, Bruxelles : Larcier, Coll. Code économique européen, 2013, p 185 à 194.
- « L'interdiction de la revente à perte est-elle conforme à la directive sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ? », *AJCA*, 2014, p. 171.
- « Le recouvrement amiable des créances à l'épreuve du droit européen des pratiques commerciales déloyales », *Annuaire de droit européen*, 2016, à paraître.

WALTER, Jean-Baptiste : « La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », *RRJ*, 2011, p. 339-353.

WESTER-OUISSE, Véronique : « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages et intérêts punitifs », *Etude Revue Responsabilité civile et Assurances*, Mars 2011, n°3, étude 5.

WHITTAKER, Simon : « Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' « harmonisation complète » », *D.*, 2009, p.1152.

WITZ, Claude : « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, p. 79.

ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana : « La notion d'économie du contrat en droit privé », *Etude, JCP G*, 2001, I, 300.

ZOUGH, Julie : « L'article L.442-6 C. com. après l'adoption de la loi NRE : La création de nouveaux délits civils », *Revue Droit* 21, 2002, Chr. A.J., 182.

VI. Notes, commentaires et observations sous jurisprudence.

AMEDEE-MANESME, Gilles : « Il est « interdit d'interdire » la vente en ligne par Internet aux membres d'un réseau de distribution sélective », note *CA Paris*, 31 janv. 2013, n°08/23812, *JCP, E*, 2013, 1133.

ANADON, Coralie :

- « Action en concurrence déloyale et situation de concurrence », note *Cass. com.*, 12 fév. 2008, n°06-17.501, *RLDA*, avril 2008, n°26, p. 45.
- « Caractère autonome de l'action en répétition de l'indu du ministre de l'économie », note *Cass. com.*, 8 juill. 2008, n°07-16.761, *RLDA*, 09/2008, n°30, p. 50-51.

ARCELIN-LECUYER, Linda :

- « Procédure de sauvegarde et concurrence : le divorce consommé », note *Cass. com.*, 8 mars 2011, pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, *D.* 2011, p. 1441.
- « La contagion de la notion d'entreprise en droit économique », note *Cass. com.*, 21 janv. 2014, n°12-29.166, *JCP, E*, 2014, 1124.
- « Aménagement transactionnel de la rupture d'une relation commerciale établie et de son indemnisation », note *Cass. com.*, 16 déc. 2014, n°13-21.363, *AJCA*, 2015, p. 133.

ARCHAMBAULT, Anne-Laure : « Un professionnel libéral exerçant une activité civile peut entretenir une relation commerciale établie », note sous Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-18.050, JCP, G, 2009, II, 10034.

ARHEL, Pierre :

- « Conclusion par une entreprise en position dominante d'accords d'approvisionnement exclusif concernant un produit bénéficiant d'une appellation d'origine contrôlée », note sous Cons. conc., déc. n°04-D-13 du 8 avr. 2004, JCP, E, 2004, 1195.
- « Distribution des aliments pour chiens : entente et abus de position dominante », note Cons. conc., déc. n°05-D-32 du 22 juin 2005, RLC, 2005/8, n°4, p. 27-29.
- Note CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, aff. C-439/09, *in* Chr. : « Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence (octobre 2011), P. Aff., 2011, n°258, p. 6.

ARMANI-MEKKI, Soraya, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte :

- Note Cass., Ch. mixte, 22 avril 2005, n°02-18.326 et 03-14.112, *in* « Droit des contrats », D., 2005, p. 2836.
- Note Cass. com., 8 fév. 2005, n°03-10.749, *in* « Droit des contrats », D. 2005, p. 2836.
- Note Cass., com., 13 fév. 2007, n°05-17.407, *in* « Droit des contrats », D. 2007, p. 2966.
- Note Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369, *in* « Droit des contrats », D. 2011, p. 472.

ATIAS, Christian : « La victime de manœuvres dolosives peut exercer une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi », note sous Cass. com., 18 oct. 1994, n°92-19.390, D. 1995, p. 180.

AUBERT DE VINCELLES, Carole :

- « Harmonisation totale et directive n°2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales », note CJUE, 23 avril 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, RDC, 2009, n°4, p. 1458.
- « Leçons jurisprudentielles sur l'harmonisation totale à travers les pratiques commerciales déloyales », note CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, RTD Eur., 2011, p. 630.
- « Interdiction des ventes avec primes, la Cour de justice persiste et signe », note CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, RDC, 2011, n°2, p. 497.
- « Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », note CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, RTD Eur., 2013, p. 559.

AUDIT, Mathias, CUPERLIER, Olivier : « Arbitrage, loi de police et responsabilité délictuelle », note Cass. civ. 1^{ère}, 8 juil. 2010, n°09-67.013, D. 2010, p. 2884.

AUZERO, Gilles : « La mise en œuvre de la clause de mobilité appréciée à l'aune des droits fondamentaux du salarié », Cass. soc., 14 oct. 2008, n°07-40.523, Rev. trav., 2008, p. 731.

AYNES, Laurent :

- « La détermination du prix futur des marchandises ou des services dans les contrats de distribution exclusive », note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1994, n°91-21.009, D., 1995, p. 122.
- « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (revirement radical de la Cour de cassation) », note sous Cass. Ass. Plen., 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, D., 1996, p. 13.
- « L'imprévision en droit privé », note Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n°01-15.804, RJ Com., 9/2005, p. 397-406.
- « Bonne foi », Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-17.768, RDC, 2007, p. 1107.

AYNES, Laurent, STOFFEL-MUNCK, Philippe : note Cass. com. 29 juin 2010, n°09-11.841, *in* « Mai-novembre 2010 : Des revirements qui se précisent par réalisme et logique », Dr. et patr., 2- 2011, n°200, p. 64, spéc. p. 69-71.

BIBLIOGRAPHIE

- BACCICHETTI, Edith** : « Franchise, clause de non-réaffiliation », note Cass. com., 17 janv. 2006, n°03-12.382, *in* « Pratique du droit des réseaux de distribution », P. Aff., 13 nov. 2006, n°226, p. 6.
- BAKOUCHE, David** : « L'application de la législation sur les clauses abusives aux personnes morales », note sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n°02-13.285, JCP, E, 2005, 769.
- BALLOT-LENA, Aurélie** : « Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », note Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-16.761, JCP, E, 2008, n°38, 2143.
- BANDRAC, Monique** :
- « L'action donnée au ministre de l'économie et des finances (art. L. 442-6-III C. com.) face à l'article 6 de la Convention EDH », note sous CA Versailles, ch. 12, sect. 2, 3 mai 2007, n°05/09223 et CA Angers, 29 mai 2007, n°06/00563, D. 2007, p. 2433.
 - « A propos de l'action exercée par le ministre de l'économie (art. L. 442-6, III C. com.). Quelques observations de l'ordre de la tératologie juridique », note Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-16.761, D. 2008, p. 3046.
- BARBIER, Hugo** :
- « La police des clauses *via* l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, sans oublier l'article L. 420-1 du même Code », note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n°11/17941, RTD Civ., 2014, p. 114.
 - « Violence économique : vers une approche en partie subjectif du critère de la dépendance économique ? », note Cass., 1^{ère} civ., 18 fév. 2015, n°13-28.278, RTD Civ., 2015, p. 371.
 - « Une salutaire restauration de la liberté contractuelle face à l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce », note Cass. com., 16 déc. 2014, n°13-21.363, RTD Civ., 2015, p. 384.
 - « Une clause pénale excessive créant un déséquilibre significatif peut-elle être annulée plutôt que réduite ? », note Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387, RTD Civ., 2015, p. 606.
- BARBIER, Jehan-Denis** : « Centre commercial délabré : la clause résolutoire doit être invoquée de bonne foi », note sous Cass. 3^{ème} civ., 23 juin 2015, n°14-12.606, Gaz. Pal., 18 août 2015, n°230, p. 32.
- BARBIERI, Jean-Jacques** : « Mutuelles d'assurance et pratiques restrictives », note Cass. com., 14 sept. 2010, n°09-14.322, JCP E, 2010, 2013.
- BARNAUD, Caroline** : « Variations autour de l'évolution jurisprudentielle des clauses limitatives de réparation », note Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841, P. Aff., 2010, n°195, p.6.
- BASCOULERGUE, Adrien** : « Précisions sur les conditions d'appréciation d'une pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 », note Cass. civ., 1^{ère}, 12 juil. 2012, n°11-18.807, RLDA, nov. 2012, n°76, p. 34.
- BAZIN, Eric** :
- « De la nullité virtuelle d'un contrat de consommation », note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2004, n°01-11.823, P. Aff., 7 sept. 2005, n°178, p. 6.
 - « La vente d'un ordinateur prééquipé de logiciels sans information sur ses principales caractéristiques constitue une pratique commerciale déloyale », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2011, n°10-10.800, JCP, E, 2011, 1787.
 - « La vente d'un ordinateur prééquipé d'un logiciel d'exploitation sur un site Internet ne constitue pas une pratique commerciale déloyale lorsque la possibilité est offerte d'acquérir le même ordinateur dépourvu de tout logiciel sur un autre site lié », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 12 juil. 2012, n°11-18.807, JCP, E, 2012, 1531.
- BEAL, Stéphane, TERRENOIRE, Cécile** : « Clause de mobilité : mise en œuvre et droit à une vie personnelle et familiale », note Cass. soc., 14 oct. 2008, n°07-40.523, JCP, E, 2009, 1125.
- BEHAR-TOUCHAIS, Martine** :
- Note Cass. com., 18 fév. 1992, n°87-12.844, JCP, G, 1992, II, 21897.

- « L'engagement du brasseur était dérisoire », note Cass. com., 8 fév. 2005, n°03-10.749, RDC, 2005, p. 771.
- « Chronique d'une mort annoncée. A propos de l'action en nullité et en restitution de l'indu exercée par le ministre de l'économie », note CA Versailles, 5 mai 2007, n°05/09223 et CA Angers, 29 mai 2007, n°06/00563, RLC 07/2007, n°12, p. 33-37.
- Note Cass. com., 8 juil. 2008, n°07-16.761, RLC, oct. 2008, n°17, p. 43-44.
- « L'application de l'article L.442-6 du Code de commerce aux rapports internationaux », note Cass. com., 21 oct. 2008, n°07-12.336 et Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, n°07-15.823, RDC, n°1-2009, p. 197
- « L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce s'applique-t-il en présence d'une clause attributive de juridiction ? », note Cass. com., 13 janv. 2009, n°08-13.971, RDC, n°3-2009, p. 1147.
- « Du domaine d'application de l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce », note Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-18.050, RLC, 04-2009, n°19, p. 40-41.
- « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir « *une machine à hacher le droit* » ? », note T. com. Lille, 6 janvier 2010 n°2009-05184, RLC, 04-2010, n°23, p.43.
- RDC, n°3-2010, p. 928 : « Première sanction du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », note T. com. Lille, 6 janvier 2010 n°2009-05184.
- « La clause de non-réaffiliation n'est pas une clause de non-concurrence », note Cass., com., 28 septembre 2010, n°09-13.888, RDC, 2011, p.187.
- « Eviction des règles protectrices du droit pénal en cas de condamnation à une amende civile », note CA Nîmes, ch. 2 B, 25 fév. 2010, n°07/00606, RLC, 10/2010, n°25, p. 22-24 ; *Adde*, sur le même arrêt : « L'amende civile serait répressives mais échapperait aux règles protectrices du droit pénal pour la Cour d'appel de Nîmes », RDC, n°4/2010, p. 1331.
- « Une piqûre de rappel : les sociétés d'assurance mutuelle sont soumises au droit des pratiques restrictives de concurrence », note Cass. com., 14 sept. 2010, n°09-14.322, RLC, 04-2011, n°27, p. 45-46.
- « L'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce est-il dans une situation précaire ? », note, Cass. com., 18 mai 2010, n°08-21.681, RDC, 2011, n°1, p.190.
- « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », note Cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, RLC, 04-2011, n°27, p. 41-44.
- « L'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce n'est pas contraire au principe de la légalité des délits et des peines », note Cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, RDC, 2011, n°2, p. 538.
- « L'intangibilité du contrat annuel entre fournisseur et enseignes de la grande distribution confrontée à la hausse du prix des matières premières », note T. com. Lille, 7 sept. 2011, n°2009/05105, RDC, n°1-2012, p. 143.
- « Quand la clause pénale s'appelle « clause de taux de service » », note T. com. Lille, 7 sept. 2011, n°2009/05105 ; RDC, n°1-2012, p. 145.
- « L'accès à Internet, droit essentiel du distributeur en réseau ? », note CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, aff. C-439/09, RDC, 2012, p. 522.
- « Le ministre et le grand distributeur devant la Cour européenne des droits de l'Homme, mais toujours sans les fournisseurs (ou l'action du ministre, acte IV) », note Cour EDH, 5^e sect., 17 janv. 2012, n°51255/08, GALEC c. France, RLC, 4-2012, n°31, p. 39-41.
- « L'action du ministre en condamnation à une amende civile est-elle recevable en l'absence d'information des fournisseurs ? » et « Aucune clause ne résiste à l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce sanctionnant le déséquilibre significatif », notes T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n°2009/02295, RLC, 4-2012, n°31, p. 42-44.

BIBLIOGRAPHIE

- « On ne reprend pas aux fournisseurs ce que le ministre leur a « restitué » ! », note T. com. Paris, 22 nov. 2011, RLC, 4-2012, n°31, p. 44-45.
- « L'épilogue de l'affaire Pierre Fabre », note CA Paris, 31 janv. 2013, n°08/23812, RDC, 2013, p. 1401.
- « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », note CA Paris, 12 déc. 2013, n°11/18274, 23 mai 2013, n°12/01166, 18 déc. 2013, n°12/00150, RDC, 2014, n°3, p. 411.
- « De l'entreprise comme sujet de droit des pratiques restrictives de concurrence », note Cass. com., 21 janv. 2014, n°12-29166, RDC, 2014, n°3, p. 415.
- « La clause qui oblige les fournisseurs à intervenir à l'instance est entachée de déséquilibre significatif », note sous T. com. Paris, 20 mai 2014, n°2013070793, RDC, 2014, n°4, p. 672.
- « Le mythe de Sisyphe, revu et corrigé par le déséquilibre significatif », note CA Paris, 1^{er} oct. 2014, n°13/16336, RDC, n°1-2015, p. 67.
- « Le réveil de la belle au bois dormant : à propos de l'abus dans la fixation du prix », note Cass. com., 4 nov. 2014, n°11-14.026, RDC, n°2-2015, p. 233.
- « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », note Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 et n°14-10.907, RDC, n°3-2015, p. 523.

BENABENT, Alain : « La qualification de vendeur professionnel », note Cass. 2^{ème} civ., 30 sept. 2008, n°07-16.876, RDC, n°1-2009, p. 111.

BERLIN, Dominique : « L'interdiction de la revente à perte au filtre de la directive 2005/29/CE : exit l'article L.442-2 du Code de commerce français ? » Veille, CJUE, ord. 7 mars 2013, aff. C-343/12 Euronics Belgium CVBA, JCP G, 2013, n°14, p.396.

BERT, Daniel : « Personnalité morale et clauses abusives : la Cour de cassation prend le contre-pied de la CJCE », note sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n°02-13.285, P. Aff., 12 mai 2005, n°94, p. 12.

BERTROU, Grégoire, ATTIAS, Olivier : « La Cour de cassation réaffirme l'autonomie de la clause compromissoire », note Cass. civ., 1^{ère}, 8 juil. 2010, n°09-67.013, Gaz. Pal., 2010, n°243, p. 16.

BILLEMONT, Jean : « Sanction de la mauvaise foi du créancier : nouvelles précisions, nouvelles interrogations », note sous Cass. civ., 3^{ème}, 9 déc. 2009, n°04-19.923, D. 2010, p. 476.

BLANC, Nathalie : « Juste cause contre injuste clause », note Cass., 3^{ème} civ., 26 nov. 2015, n°14-25.761, Gaz. Pal., 19 janv. 2016, n°3, p. 16.

BLERY, Corinne, ALLEAUME, Christophe :

« Des difficultés causées par le décret du 11 novembre 2009 en matière de compétence territoriale », Note CA Rennes, 13 décembre 2011, n°11/03/790, Juris-Data n°2011-028531, JCP, G, 2012, n°8, p.210, et JCP E, 2012, n°10, p. 1164.

BOFFA, Romain :

- « Opposabilité du contrat par le tiers : une leçon et des doutes », Note, Cass., com., 18 déc. 2012, D., 2013, p.746.
- « La cause, une assurance tous risques », note sous Cass. 3^{ème} civ., 26 nov. 2015, n°14-25.761, D. 2016, p. 458.

BOILLOT, Christine :

- « Une victime ne peut obtenir réparation de la perte de ses rémunérations que si elles sont licites », note sous Cass. civ. 2^{ème}, 24 janv. 2002, n°99-16.576, JCP, G, 2002, II, 10118.
- « Efficacité des clauses limitatives de responsabilité, droit de la concurrence et droit commun des obligations », Note Cass., com., 18 déc. 2007, n°04-16.069, RLDA, juin 2008, n°28 p.37.

BORGHETTI, Jean-Sébastien : « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », note Cass. com., 6 fév. 2007, n°04-13.178, RDC, n°3-2007, p. 731.

BORE, Jacques : Note sous Cass. com., 27 avr. 1971, n°70-10.216, 70-10.752, 70-10.753, 70-11.444, JCP, G, 1972, II, 16975.

BOSCO, David : « Abus de position dominante de Microsoft : le Tribunal de première instance confirme... et Microsoft se soumet », note TPICE, 17 sept. 2007, *Microsoft*, aff. T-201/04, CCC 2007, comm. 279.

BOULOC, Bernard :

- Note Cass. com., 9 nov. 1987, n°86-13.984, RTD Com., 1989, p. 674.
- Note cass. com., 20 janv. 1998, n°96-18.353, RTD Com., 1998, p. 661.
- Note Cass. Crim., 10 oct. 1996, n°95-80.226, RTD com., 1997, p. 339.
- Note Cass. com., 8 fév. 2005, n°03-10.749, RTD com., 2005, p. 825.
- Note Cass. Ch. Mixte, 22 avril 2005, n°03-14.112, RTD Com., 2005 p. 828.
- Note Cass., com., 21 fév. 2006, n°04-20.139, RTD Com., 2006, p. 909.
- Note Cass. com., 30 mai 2006, n°04-14-974, RTD Com., 2007, p. 224.
- Note Cass. com., 5 juin 2007, n°06-14.832, RTD Com., 2008, p. 174.
- Note Cass. 2^{ème} civ., 30 sept. 2008, n°07-16.876, RTD Com., 2009, p. 201.
- Note Cass. com. 4 oct. 2011, n°10-20.240, RTD Com., 2011, p. 791.
- Note Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387, RTD Com., 2015, p. 578.

BURGARD, Marlène : « Une nouvelle application de la théorie de l'application dans un contrat de licence de logiciel ; suites de l'arrêt Faurecia », note sous Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841, P. Aff., 2010, n°204, p.8.

BUY, Frédéric :

- « Le maintien forcé des relations commerciales comme sanction d'une dissolution abusive », Commentaire, Cass. Com. 3 mai 2012, n°10-28.366, JCP E, 2012, n°27, 1443.
- « Le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation : enfin des précisions ? », note sous Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525, D. 2015, p. 1021.

BUY, Frédéric, RODA, Jean-Christophe : « Quand l'abus de dépendance croise la rupture brutale », note sous Cass. com., 19 janv. 2016, n°14-21.670 et 14-21.671, D. 2016, p. 973.

BRETZNER, Jean-Daniel : « Les tribulations du principe de proportionnalité des peines en cas de fusion absorption », note Cass. com., 21 janv. 2014, n°12-29.166, RLDA, 06/2014, n°94, p. 40-43 ; *Adde*, sur le même arrêt : RLC, 07/2014, n°40, p. 36-39.

BROS, Sarah :

- « Est abusive la fixation unilatérale de prix ne permettant pas, dès l'origine, de faire face à la concurrence », note Cass. com., 4 nov. 2014, n°11-14.026, AJCA, 2015, p. 78.
- « Contrat-cadre déséquilibre significatif », note Cass. com., 27 mai 2015, AJCA, 2015, p. 379.

CARON, Christophe :

- « Violence économique sous (strictes et nécessaires) conditions dans les contrats de cession de droits », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12.932, CCE, 2002, comm. 80.
- « Une concurrence déloyale sans concurrence », note sous Cass. com., 12 fév. 2008, n°06-17.501, CCE, 2008, comm. 63.

CARON, Christophe, DECOQ, Georges : « L'action exercée par le ministre est-elle conforme à l'article 6, §1 de la Convention EDH », note CA Versailles, ch. 12, sect. 2, 3 mai 2007, n°05/09223 et CA Angers, 29 mai 2007, n°06/00563, *in chr.* « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », JCP E, 2007, 2303, spéc. n°9.

CARVAL, Suzanne :

- « Clauses limitatives de responsabilité et droit commun », note Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974, RDC, 2006, p. 1224.
- « Clauses limitatives de responsabilité et cause-contrepartie », note Cass. com., 13 fév. 2007, n° 05-17.407, RDC, 2007, p. 746.

BIBLIOGRAPHIE

- « Clause limitative de responsabilité et manquement à l'obligation essentielle », note Cass, com., 5 juin 2007, n°06-14.832, RDC, 2007, p. 1144.
- « Obligation de renégocier un contrat bouleversé par un changement de circonstances », note, CA, Nancy, 26 septembre 2007, Juris-Data n°2007-350306, RDC, 2008, n°3, p.759.
- « Rupture d'une relation commerciale : le préavis doit être exécuté aux conditions antérieures », note Cass. com., 10 fév. 2015, n°13-26.414, AJCA, 2015, p. 182.

CAVET, Stéphane : « *Cœur Défense* : et la Cour de cassation créa le droit du débiteur en difficulté », note Cass. com., 8 mars 2011, pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, RLDA, 5-2011, n°60, p. 20-24.

CHAGNY, Muriel :

- La définition de l'état de dépendance économique après la loi du 15 mai 2001 », comm. Cass., com., 3 mars 2004, n°02-14.529, JCP, E, 2004, 1247.
- « Quelles sanctions civiles pour les pratiques discriminatoires ? », note CA Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} sect., 30 sept. 2004, n°01/07008, RLC, 11-2004, n°1, p. 112-113.
- « Nature de la responsabilité encourue en cas de rupture brutale d'une relation établie », note Cass. com., 6 fév. 2007, n°04-13.178, RLC, 10-2007, n°13, p. 85.
- « La conformité à l'article 6 § 1 de la Convention EDH des dispositions de l'article L. 442-6 III du Code de commerce qui autorisent le ministre de l'économie à utiliser des sanctions civiles afin d'assurer la police du marché », note Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-16.761, *in* Chr. « Droit des obligations », dir. J. Ghestin, JCP, G, 2008, I, 218, spéc. n°18.
- « L'interdiction de la vente en ligne aux revendeurs agréés devant la cour d'appel de Paris : la position de la... Commission européenne en attendant celle de la... Cour de justice », note sous CA Paris, 29 oct. 2009, n°08/23812, CCE, 2009, comm. 113.
- « Le Conseil constitutionnel considère que l'article L. 442-6, III alinéa 2 du Code de commerce ne contrevient pas aux droits et libertés garantis par la Constitution mais assortit sa décision d'une réserve d'interprétation », note Cons. const., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC, Concurrences, n°3-2011, p. 129-132.
- « Après la Cour de justice, retour à la cour d'appel de Paris ! En attendant... », note CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, aff. C-439/09, CCE, 2012, comm. 4.
- « Déséquilibre significatif : La Cour d'appel de Versailles décide que le déséquilibre significatif s'apprécie dans les relations contractuelles entre les parties », note CA Versailles, 12^{ème} ch., 27 oct. 2011, Concurrences, n°2-2012, p. 96-97.
- « Il est encore et toujours interdit d'interdire la vente en ligne aux distributeurs agréés », note CA Paris, 31 janv. 2013, n°08/23812, CCE, 2013, comm. 78.
- Note CA Lyon, 1^{ère} ch. civ., A, 16 mai 2013, n°11/07152, Concurrences, 07-2013, n°3, p. 96.
- « La Cour de cassation affirme qu'une amende civile peut être prononcée à l'encontre d'une société ayant absorbé par voie de fusion l'auteur de pratiques contraires à l'article L. 442-6-I du Code de commerce », note Cass. com., 21 janv. 2014, n°12-29.166, Concurrences, 2/2014, n°1, p. 122.
- « Le déséquilibre significatif devant la Cour d'appel de Paris », note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} oct. 2014, n°13/16336, 29 oct. 2014, n°13/11059, RTD Com., 2014, p. 785.
- « Condamnation de ristournes de fin d'année sur le fondement du déséquilibre significatif », note CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 1^{er} juil. 2015, n°13/19251, AJCA, 2015, p. 435.
- « La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation ! », note Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 et n°14-10.907, 27 mai 2015, n°14-11.387, RTD Com., 2015, p. 486.
- « Le déséquilibre significatif financier sanctionné par la cour d'appel de Paris », note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} juil. 2015, n°13/19251, RTD Com., 2015, p. 492.

CHANTEPIE, Gaël :

- « Action collective en suppression des clauses illicites ou abusives dans les modèles types de contrats destinés aux consommateurs », Cass., civ., 1^{ère}, 3 février 2011, n°08-14.402, D., 2011, p. 1659.
- « Appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce », T. com. Lille, 7 septembre 2011, n°2009/05105, JCP, E, 2011, n°40, p.1701.
- « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », note Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907 et n°13-27.525, AJCA, 2015, p. 218.

CHAUVEL, Patrick : « Protection du consommateur », note Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2004, n°01-11.823, Dr et part., 03/2005, n°135, p. 85.

CHAZAL, Jean-Pascal :

- « Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants : les contrats de distribution et la détermination du prix », note Cass. com., 20 janv. 1998 et CA Paris, 5^{ème} ch., B, 6 fév. 1998, JCP, E, 1999, p. 323.
- « La contrainte économique : violence ou lésion ? », note Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-15.242, D. 2000, p. 879.
- « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12.932, D. 2002, p. 1860.

CHEVRIER, Eric :

- « Le ministre de l'économie ne peut se passer d'un avocat ! », note sous Cass. com., 17 juill. 2001, n°99-19.309, D. 2001, p. 2673.
- « Abus de dépendance économique : confirmation du maintien du critère de l'absence de solution équivalente », note sous Cass., com., 3 mars 2004, n°02-14.529, D. 2004, p. 874.
- « La fin de l'affaire *Chronopost* ? », Note sous Cass., Ch. mixte, 22 avr. 2005, n°03-14.112, D., 2005, p.1864.
- « Haro sur les remises de gamme anticoncurrentielles saturant les linéaires », note Cass. com., 6 déc. 2005, n°04-19.541, D., 2006, p. 64.
- « Chronopost 4 : la faute lourde n'est pas la violation d'une obligation essentielle », note Cass., com., 21 fév. 2006, n° 04-20.139, D., 2006, p. 717.
- « Licéité d'une clause de non-réaffiliation d'un franchisé », note Cass. com., 17 janv. 2006, n°03-12.382, D., 2006, p. 498.
- « La rupture brutale d'une relation commerciale établie est un délit civil », note Cass. com., 6 fév. 2007, n°04-13.178, D. 2007, p. 653.
- « L'action en substitution du ministre de l'économie est contraire à la convention EDH », note sous CA Angers, 29 mai 2007, n°06/00563, D, 2007, p. 2433.
- « La résurrection de l'article L. 442-6, III du Code de commerce », note Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-16.761, D. 2008, p. 2067.
- « Concurrence déloyale : pas besoin d'une situation concurrentielle », note sous Cass. com., 12 fév. 2008, n°06-17.501, D. 2008, p. 2573.
- « Rupture brutale d'une prestation intellectuelle », note Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-18.050, D. 2009, p. 164.
- « La relation établie n'est pas juxtaposition de contrats indépendants », note sous Cass., com., 16 déc. 2008, n°07-15.589, D. 2009, p. 225.
- « La fin de l'interdiction générale des loteries avec participation financière », note CJUE, 14 janv. 2010, C-304/08, D, 2010, p. 258.
- « Rupture d'une relation commerciale avec une mutuelle d'assurance », note Cass. com., 14 sept. 2010, n°09-14.322, D., 2010, p. 2150.
- « Franchisage : clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation », note Cass. com., 28 oct. 2010, n°09-13.888, D., 2010, p. 2357.

BIBLIOGRAPHIE

- « Constitutionnalité du « déséquilibre significatif » dans les relations commerciales », note Cons. const. 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, D., 2011, act. 19.
- « Pratiques restrictives de concurrence : QPC sur l'action du ministre », note Cons. const., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC, D. 2011, p. 1340.
- « Clause de non-réaffiliation : conditions de licéité », note cass. com., 31 janv. 2012, n°11-11.071, D., 2012, p. 501. .
- « Pratique restrictive : prononcé d'une amende civile en cas de fusion-absorption », note sous Cass. com., 21 janv. 2014, n°12-29.166, D. 2014, p. 531.

CHONE, Anne-Sophie : « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas », note sous Cass. com., 29 juin 2010, n°09-17.369, P. Aff., 24 déc. 2010, n°256, p. 7.

CHONE-GRIMALDI, Anne-Sophie :

- « Abus dans la fixation du prix – à propos d'un contrat d'approvisionnement », note sous Cass. com., 4 nov. 2014, n°11-14.026, JCP, E, 2014, 1639.
- « Abus dans la fixation du prix dans le cadre d'un contrat », note sous Cass. com., 4 nov. 2014, n°11-14.026, JCP, G, 2014, 1310.

CLAUDE, Nadège : « L'application extensive de la protection consumériste aux personnes morales », note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, n°10-30.645, P. Aff., 30 sept. 2011, n°195, p. 14.

CLAUDEL, Emmanuelle :

- « Article L. 442-6 du Code de commerce », note Cass. com., 17 juill. 2001, n°99-19.309, RTD Com., 2001, p. 877.
- « Abus de dépendance économique : absence de solution équivalente or not absence de solution équivalente », note Cass., com., 9 avr. 2002, n°00-13.921 et Cons. conc., 31 août 2001, déc. n°01-D-49, *société concurrence*, RTD Com., 2003, p. 75.
- « Abus de dépendance économique : toujours l'absence de solution équivalente », note CA Paris, 4 juin 2002, *CFDT Radio télé*, RTD Com., 2003, p. 497.
- « Abus de dépendance économique : la notion se précise », note Cass., com., 3 mars 2004, n°02-14.529, RTD Com., 2004, p. 463.
- « Distribution sélective et vente en ligne : où la cour d'appel de Paris n'apparaît pas d'évidence convaincue par l'interdiction d'interdire », note CA Paris, 29 oct. 2009, n°08/23812, RTD Com., 2010, p. 81.

COHEN, Daniel : « Inefficacité d'une clause limitative de responsabilité en raison d'un manquement à une obligation essentielle », comm. Cass., com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, JCP, G, 1997, II, 22881.

COMBET, Mathieu : « Protection des consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats d'assurance », note CJUE, 23 avr. 2015, aff. C-96/14, RLDA, 07/2015, n°106, p. 55-57.

CONSTANTIN, Laura :

- « Prononcé d'une amende civile : le principe de la personnalité des peines hors-jeu ? », note Cass. com., 21 janv. 2014, n°12-29.166, AJDA, 2014, p. 41.
- « Déséquilibre significatif : application à une clause processuelle », note T. com. Paris, 20 mai 2014, n°2013/070793, AJCA, 2014, p. 243.
- « Rupture brutale des relations commerciales : précisions sur le régime de l'amende civile », note CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 3 déc. 2015, n°13/06091, AJCA, 2015, p. 229.

COURDIER-CUISINIER, Anne-Sylvie : « La rupture brutale d'une relation commerciale établie caractérisée par une succession de contrats ponctuels », note Cass. com., 15 sept. 2009, n°08-19.200, RLDA, 12/2009, n°44, p. 40-44.

COURET, Alain :

- « Limites du contrôle judiciaire de la bonne foi contractuelle », note Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-17.768, Bull. Joly, 2007, n°11, p. 1187.

- « Le contrôle du juge sur les clauses limitatives de responsabilité », note sous CA Paris, 14 déc. 2010, n°08/09544, Rev. soc., 2011, p. 612.

COURET, Alain, DONDERO, Bruno :

- « L'arrêt Cœur Défense, ou la sauvegarde de la sauvegarde », note sous Cass. com., 8 mars 2011, pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, JCP, E, 2011, 1215.
- « Toute clause de non-concurrence doit-elle prévoir une contrepartie financière ? », note Cass., com., 12 mars 2011, n°10-13.824, JCP E, 2011, 1409.

CROZE, Hervé : « Le ministre chargé de l'économie n'est pas dispensé de ministère d'avocat ou d'avoué quand il agit en cas de pratique restrictive », note sous Cass. com., 17 juill. 2001, n°99-19.309, Procédures, 11/2001, comm. 213.

D'AVOUT, Louis : « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, n°07-15.823, JCP, G, 2008, II, 10187.

DADOUN, Armand : « Faut-il avoir peur du « déséquilibre significatif » dans les relations commerciales ? », note sous cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, P. Aff., 13 avr. 2011, n°73, p. 17.

DAGORNE-LABBE, Yannick : « L'obligation de cohérence et l'obligation de bonne foi », note sous Cass. com., 8 mars 2005, n°02-15.783, P. Aff., 2005, n°192, p. 11.

DEBROUX, Michel : « Arrêt Microsoft : articulation entre droits de propriété intellectuelle et abus de dominance », note sous TPICE, 17 sept. 2007, *Microsoft*, aff. T-201/04, JCP, E, 2007, 2304.

DECOCQ, Georges :

- « Label de qualité et exclusivité font mauvais ménage », note Cons. conc., déc. n°06-D-06 du 17 mars 2006, CCC, 2006, comm. 92.
- « Lien de concurrence », note Cass. com., 12 fév. 2008, n°06-17.501, JCP E, 2008, 1739, *in Chr.* « concurrence déloyale et pratiques restrictives », spéc. n°4.
- « L'action du ministre de l'économie (C. com. art. L. 442-6) est conforme à l'article 6 § 1 de la CEDH », note Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-16.761, *in Chr.* « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », JCP, E, 2009, 1739, spéc. n°8.
- « La distribution sélective cantonnée par le commerce électronique », note CJUE, 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, aff. C-439/09, CCC, 2011, comm. 263.
- « Pierre Fabre devra vendre ses produits en ligne », note CA Paris, 31 janv. 2013, n°08/23812, CCC, 2013, comm. 64.

DELEBECQUE, Philippe :

- Note cass. civ., 1^{ère}, 24 janv. 1995, n° 92-18.227, D. 1995, p. 229.
- « La contrainte économique : un cas particulier de violence », note Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-15.242, *Defrénois*, 2000, n°19, p. 1124.
- « La règlementation sur les clauses abusives ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services conclus par un professionnel », note Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n°92-18.227, D. 1995, p. 229.
- Note Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, n°06-10.946, *RTD Com.*, 2008, p. 210.
- « La bonne foi contractuelle : *quid novi sub sole* ? », note Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, *RLDC*, 2008/2, n°46, p.6.
- Note, Cass. civ., 1^{ère}, 8 juil. 2010, n°09-67.013, *RTD Com.*, 2011, p. 667.

DELPECH, Xavier :

- « Le banquier ne peut se contredire dans la mise en œuvre d'une convention d'unité de compte », note sous Cass. com., 8 mars 2005, n°02-15.783, D. 2005, p. 883.
- « Chronopost 5 : office du juge et manquement du transporteur à une obligation essentielle », note Cass., com., 30 mai 2006, n°04-14.974, D, 2006, p. 1599.

BIBLIOGRAPHIE

- « *Chronopost 6* ou le retour de la faute lourde », note Cass. com., 13 juin 2006, n°05-12.619, D, 2006, p. 1680.
- « Indivisibilité contractuelle et obligation essentielle », note sous Cass., com., 13 fév. 2007, n°05-17.407, D., 2007, p. 654.
- « Clause limitative de responsabilité : le manquement à l'obligation essentielle chasse la faute lourde », note sous Cass. com., 5 juin 2007, n°06-14.832, D., 2007, p. 1720.
- « Le devoir de bonne foi n'écarte pas la force obligatoire du contrat », note Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, D. 2007, p. 2839.
- « Fourniture d'électricité : clause limitative de responsabilité », note sous Cass. com., 18 déc. 2007, n°04-16.069, D., 2008, p.154.
- « Clause limitative de réparation et obligation essentielle », Note sous Cass., com., 29 juin 2010, n°09-11.841, D., 2010, p.1832.
- « « Clause compromissoire : rupture d'une relation commerciale établie », note Cass. civ. 1^{ère}, 8 juil. 2010, n°09-67.013, D. 2010, p. 2884.
- Note Cass., 1^{ère} civ., 15 nov. 2010, n°09-11.161, D., 2010, p. 2765.
- « Opérations de cession d'entreprise : clause limitative de responsabilité », note CA Paris, 14 déc. 2010, n°08/09544, D. 2011, p. 511.
- « Clauses abusives : actions des associations de consommateurs », Note Cass., civ., 1^{ère}, 3 fév. 2011, n°08-14.402, D. 2011, p.1659.
- « Vente de logiciel préinstallé : pratique commerciale déloyale », note Cass., civ., 1^{ère}, 6 oct. 2011, n°10-10.800, D. 2011, p. 2464.
- « Contrat de transport : rupture de la relation commerciale », note Cass. com., 4 oct. 2011, n°10-20.240, D. 2011, p. 2465.
- « Vente d'ordinateurs prééquipés : pratique commerciale déloyale », note Cass., civ., 1^{ère}, 12 juil. 2012, n°11-18.807, D. 2012, p. 1951.
- « Rupture d'une relation commerciale établie : non-application au contrat de transport », note Cass. com., 23 sept. 2014, n°12-27.387, D. 2014, p. 1932.

DESHAYES, Olivier :

- « Les réformes récentes et attendues en 2009 », RDC, 2009, n°4, p.1602.
- « Victoire d'étape pour les clauses limitatives de responsabilité contractuelle », note Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841, RDC, 2010, p. 1253.
- « La tardiveté de la demande en paiement peut être une source de responsabilité pour le créancier », note Cass. civ. 3^e, 21 mars 2012, n°11-14.174, RDC, 2012, p. 806.

DISSAUX, Nicolas :

- « Le franchisé a droit à une indemnité de clientèle en cas de cessation du contrat du fait du franchiseur », note sous Cass. com., 9 oct. 2007, n°05-14.118, JCP E, 2008, 1020 ; V. aussi : JCP G, 2007 II 10211.
- « Retour sur la validité des clauses de non-concurrence en matière de franchise », note sous Cass. com., 24 nov. 2009, n°08-17.650, JCP, E, 2010, 1220.
- « La spécificité de la clause de non-réaffiliation », note sous Cass., com., 28 septembre 2010, n°09-13.888, JCP E, 2010, 1943.
- « Rémunération des clauses restrictives de concurrence : oui, non, peut être... », Obs. sous Cass. com., 31 janvier 2012, n°11-11.071, JCP E, 2012, n°9, p.1143.
- « Quelle limitation spatiale pour la clause de non-affiliation ? », Commentaire Cass. Com., 3 avril 2012, n°11-16.301, JCP, E, 2012, 1264.
- « Réalisme et idéalisme dans l'appréciation de la validité d'une clause de non-réaffiliation », note, Cass. com., 18 déc. 2012, n°11-27.068, JCP, E, 2013, 1037.

- « Retour sur le contrôle de l'abus dans la détermination du prix », note sous Cass. com., 4 nov. 2014, n°11-14.026, Revue de droit rural, 2015, n°432, comm. 67.
- « Les aménagements conventionnels de la rupture d'une relation commerciale établie », note sous Cass. com., 16 déc. 2014, n°13-21.363, JCP, E, 2015, 1115.
- « L'article L. 442-6 du Code de commerce et son juge... arbitral », note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2015, n°14-25.080, D. 2015, p. 2537.

DREVEAU, Camille : « Sort de l'obligation devenue impossible à exécuter », note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 mars 2009, n°07-21.260, AJDI, 2009, p. 611.

DUPONT, Nicolas :

- « Vente liée d'ordinateurs et de logiciels : une victoire en demi-teinte des consommateurs », note Cass., 1^{ère} civ., 15 nov. 2010, n°09-11.161, JCP, E, 2010, 2135.
- « Du caractère déloyal de la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 5 fév. 2014, n°12-25.748, JCP, E, 2014, 1146.

DUPONT-LASSALLE, Julie : « Définition des clauses abusives », note CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, Europe, 2014, comm. 132.

DUPONT-LE-BAIL, Nicolas : « Nouvelles précisions concernant le régime des clauses limitatives de responsabilité », note sous Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841, P. Aff., 2010, n°162, p.7.

ETIENNEY DE SAINTE-MARIE, Anne : « Menace sur les clauses ayant vocation à survivre à la résolution du contrat », Note, Cass., Com., 3 mai 2012, D. 2012, p.1719.

FABRE-MAGNAN, Muriel : « Des obligations essentielles de Chronopost dans la délivrance des plis : donner et retenir ne vaut », note Cass., Com., 22 oct. 1996, n°93-18.632, *in* Droit des obligations, Etude sous la dir. de M. Billau, M. Fabre-Magnan, J. Ghestin, C. Jamin, F. Labarthe et G. Virassamy, JCP, G, 1997, I, 4002.

FAGES, Bertrand :

- « Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », note Cass. com., 13 fév. 2007, n°05-17.407 et Cass. com., 5 juin 2007, n°06-14.832, RTD. Civ., 2007, p. 567.
- « Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéficiaire d'une garantie de passif », note Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, RTD Civ., 2007, p. 773.
- « Même pour respecter l'équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat », note Cass. civ. 3^{ème}, 18 mars 2009, n°07-21.260, RTD Civ., 2009, p. 528.
- « Où en est-on de l'obligation de cohérence ? », note Cass. civ., 3^{ème}, 28 janv. 2009, n°07-20.891, RTD Civ., 2009, p. 999.
- « Toujours la même limite, aussi doctrinalement formulée, à l'utilisation par les juges de la règle de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil », note Cass. civ., 3^{ème}, 9 déc. 2009, n°04-19.923, RTD Civ., 2010, p. 105.
- « Les jeux publicitaires relèvent toujours des quasi-contrats », note Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 2010, n°08-16.159, 25 fév. 2010, n°09-12.129, 11 mars 2010, n°08-20.545, RTD Civ., 2010, p. 325.
- « Comment *Faurecia 2* renoue avec *Chronopost 1* et illustre la nécessité de passer à la saison 4 », note Cass., com., 29 juin 2010, n°09-11.841, RTD Civ., 2010, p.555.
- « Le déséquilibre résultant d'une évolution des circonstances économiques peut-il rendre sérieusement contestable, au sens de l'article 873 du Code de procédure civile, l'obligation dont une partie sollicite l'exécution devant le juge des référés ? », note Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369, RTD Civ., 2010, p. 782.
- « La lutte contre les déséquilibres significatifs reçoit le renfort du Conseil constitutionnel », note Cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, RTD Civ., 2011, p. 121.

BIBLIOGRAPHIE

- « Cœur Défense contre Canal de Craponne ? », note Cass. com., 8 mars 2011, pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, RTD Civ., 2011, p. 351.
- « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui érigée au rang de principe », note Cass. com., 20 sept. 2011, n°10-22.888, RTD Civ., 2011, p. 760.

FASQUELLE, Daniel, ROBERVAL, Laurent :

- Note CA Versailles, 12^{ème} ch., sect. 2, 18 mai 2006, Concurrences, n°4-2006, p. 81.
- Note Cass. com., 8 juil. 2008, n°07-16.761, Concurrences, n°4-2008, p. 95.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte : « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », note Cour de cassation belge, 19 juin 2009, RDC, n°4-2010, p. 1405.

FAVARIO, Thierry : « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion », Note, Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369, JCP, G, 2010, n°43, p.1056.

FERRE, Dominique, DEBERDT, Edwin : « L'indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence post-contractuelle », note Cass. com., 9 oct. 2007, n°05-14.118, RLDA, déc. 2007, n°22, p. 40 à 42.

FERRIER, Didier :

- « L'exclusivité territoriale, obligation du concédant, fait l'objet d'une violation, modifiant l'équilibre contractuel, lorsqu'un concessionnaire est autorisé à s'installer sur le territoire concédé », note Cass. com. 19 déc. 1989, n°88-13.789, D. 1990, p. 368.
- « Les critères d'appréciation de l'état de dépendance économique », note CA Paris, 30 mars 1992, D. 1992, p. 388.
- « Un fournisseur n'exécute pas de bonne foi le contrat d'approvisionnement exclusif en privant le distributeur des moyens de pratiquer des prix concurrentiels », note Cass. com., 3 nov. 1992, n°90-18.547, D. 1995, p. 85.
- Note Cass. com., 8 fév. 2005, n°03-10.749, *in* « Concurrence-distribution : panorama 2005 », D., 2006, p. 512.
- « L'indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence », note sous Cass. com., 9 oct. 2007, n°05-14.118, D., 2008, p. 388.
- Un distributeur sélectionné doit en principe pouvoir commercialiser les produits sur Internet », note CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, aff. C-439/09, JCP, G, 2011, 1430 ; v. aussi : JCP, E, 2011, 1162.
- « Interdiction de revente sur internet : première manche ? », note sous CA Paris, 31 janv. 2013, n°08/23812, D., 2013, p. 887.
- Note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n°11/17941, *in* « Concurrence-distribution : janvier 2013 – décembre 2013 », D. 2014, p. 893.

FOURGOUX, Jean-Louis :

- « Internet : le Conseil de la concurrence soude les nouvelles techniques de distribution à la vente traditionnelle », note, cons. conc., déc. n°06-D-28 du 5 oct. 2006, RLDI, 2006/12, n°22, p. 26.
- « « Pratiques restrictives » : action du Ministre validée par le Conseil constitutionnel », note Cons. const. décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, CCC, 2011, comm.52.
- « La Cour de Justice dit pour droit que la directive sur les pratiques commerciales déloyales s'oppose à une disposition nationale qui prévoit une interdiction générale de la revente à perte à l'égard des consommateurs », note CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343/12, Concurrences, n°2-2013, p. 95.
- « La Cour d'appel de Paris considère qu'une clause l'origine d'un déséquilibre significatif et contraire à l'article L. 442-6-I-2° C. com. doit être réputée non écrite », note CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n°11/08674, Concurrences, n°3-2013, p. 96.

- « La Cour d'appel de Paris indemnise le fournisseur de canapés pour rupture brutale des relations commerciales et double le préavis dû en matière de produits à marque de distributeur mais écarte le grief de clause déséquilibrée sur les conditions de la négociation tarifaire », note CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n°12/01166, Concurrences, n°3-2013, p. 99.
- « La Cour d'appel de Paris passe au crible du déséquilibre significatif les conditions d'achat de Carrefour », note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} oct. 2014, n°13/16336, AJCA, 2014, p. 373.

FRAISSINIER-AMIOT, Virginie : « Le contrôle des clauses de mobilité au regard de la nécessité et de la proportionnalité », note Cass. soc., 14 oct. 2008, n°07-40.523, P. Aff., 3 avr. 2009, n°67, p. 5.

GARAUD, Eric : « Nullité d'une prime de référencement abusive », note sous Cass. com., 25 juin 2013, n°12-21.623, P. Aff., 2014, n°3, p. 9.

GAUTIER, Pierre-Yves :

- « Où la contrainte économique devient une nouvelle ouverture pour la violence dans le contrat de transaction », note Cass. civ., 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-15.242, RTD Civ., 2000, p. 863.
- « Une étrange garantie de passif est l'occasion d'un arrêt doctrinal sur la bonne foi contractuelle », note, Cass., com. 10 juill. 2007, n°06-14.768, D. 2007, p. 2844.
- « Il peut être transigé après la rupture d'une relation commerciale établie », note Cass. com., 16 déc. 2014, n°13-21.363, RTD Civ., 2015, p. 411.

GAVOTY, Charles, EDWARDS, Olivier : « Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 16 mars 2004, n°01-15.804, P. Aff., 28 juin 2004, n°128, p. 18.

GENICON, Thomas :

- « Clauses limitative de réparation : l'embellie ? », note Cass. com., 18 déc. 2007, n°04-16.069, RDC, 2008, p. 262.
- « Clauses limitatives de responsabilité : la résistance s'organise... », note CA Paris, 25^{ème} ch., sect. A, 26 nov. 2008, RDC, 2009, p. 1010.
- « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », note Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369, D., 2010, p.2485.
- « Responsabilité en cas d'annulation du contrat : quelle responsabilité ? Quelle faute ? Quel préjudice ? », note Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 2011, n°10-11.721, RDC, n°4-2011, p. 1139.

GERRY-VERNIERES, Stéphane : « Abus dans la résiliation d'un contrat de distribution », note Cass. com., 8 oct. 2013, n°12-22.952, in « Chronique de jurisprudence de droit de la responsabilité civile », sous la dir. de M. Mekki, Gaz. Pal., 23 janv. 2014, n°23, p. 13.

GERVAIS, Stéphanie : « Sanction du non-respect de la réglementation sur le démarchage à domicile », note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 oct. 1998, n°96-17.829, JCP, G, 1999, II, 10039.

GIRARD, Fabien : « Estoppel : faut-il acclimater le *Poison Tree* ? », note Cass. com., 20 sept. 2011, n°10-22.888, RLDA, 03/2012, n°69, p. 70.

GLASER, Philippe, MATHIEU, Marie-Elisabeth : « Le réveil des clauses limitatives de responsabilité ou l'équilibre contractuel (enfin !) respecté », note Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841, Gaz. Pal., 2010, n°245, p.11.

GRELON, Bernard : « La loi de sauvegarde prise à la lettre : à propos de l'arrêt *Cœur Défense* », note Cass. com., 8 mars 2011, pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, Rev. sociétés, 2011, p. 404.

GRIDEL, Jean-Pierre : « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12.932, D. 2002, p. 1860.

GHESTIN, Jacques :

- Note sous Cass. com., 27 avr. 1971, n°70-10.216, 70-10.752, 70-10.753, 70-11.444, D., 1972, p. 353.
- Note sous Cass. com., 12 fév. 1974, n°72-13.959, D. 1974, p. 414.

BIBLIOGRAPHIE

- « Les arrêts Alcatel sonnent-ils le glas de la nullité pour indétermination du prix ? », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°91-21.009, JCP, G, 1995, II, 22371.
- « Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives », note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, n° 89-20.999, D., 1991, p. 449.
- « De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », note sous Cass. com., 4 nov. 2014, n°11-14.026, D. 2015, p. 183.

GRALL, Jean-Christophe :

- « Pratiques restrictives de concurrence : condamnation d'une grande surface pour déséquilibre manifeste », note T. com. Lille, 6 janvier 2010, n°2009-05184, JCP, E, 2010, act. 84.
- « L'interdiction de la revente à perte serait-elle remise en cause à la suite de l'ordonnance du 7 mars 2013 de la CJUE ? », RLC, 07/2013, n°36, p. 53.

GRALL, Jean-Christophe, BUISSONNIERE, Thibault : « Assignations Novelli – Acte II », note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, n°12/04791 et CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n°12/00150, RLC, 4-2014, n°31, p. 45-48.

GRALL, Jean-Christophe, CAMILLERI, Eléonore : « Une interdiction de principe des loteries est contraire au droit communautaire », note CJUE, 14 janv. 2010, aff. C-304/08, RLDA, avril 2010, n°48, p. 37.

GRALL, Jean-Christophe, TOURET, Peggy :

- « La disproportion ne paye plus », note CA Paris, pôle 5, ch. 5, 2 fév. 2012, n°09/22350, RLC, 7-2012, n°32, p. 28-31.
- « Déséquilibre significatif : une notion de moins en moins floue ! », note CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n°12/07651, RLC, 1-2014, n°38, p. 43.

GRIMALDI, Cyril : « Rupture partielle des relations commerciales établies et indemnisation du préjudice subi par la victime », note Cass. com., 9 juil. 2013, n°12-20.468, RDC, n°1-2014, p. 69.

GROSSER, Paul : note Cass. civ., 3^{ème}, 28 janv. 2009, JCP, G, 2009, I, 138.

GSTALTER, Jérôme : « L'arrêt Microsoft et la mise en œuvre de l'article 82 CE », note sous TPICE, 17 sept. 2007, *Microsoft*, aff. T-201/04, RTD Eur., 2007, p. 720.

GUEVEL, Didier : note Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, n°00-18.202, Gaz. Pal., 19 avr. 2003, n°109, p. 24.

HEMARD, JEAN :

- Note sous Cass. com., 27 avr. 1971, n°70-10.216, 70-10.752, 70-10.753, 70-11.444, RTD Com., 1972, p. 1068.
- Note Cass. com., 21 oct. 1971, n°68-12.882, Bull. civ., III, n°321, JCP, 1971, II, 16798.

HOUIN, Roger : Note Cass. com., 11 oct. 1978, n°77-10.155, 77-11.624, 77-11.485, D., 1979, p. 135.

HOUTCIEFF, Dimitri :

- « Loteries publicitaires : les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n°98-22.981, P. Aff., 24 oct. 2002, n°213, p. 16.
- « L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances, quand la première chambre civile manie l'art de la litote », note Cass. civ., 1^{ère}, 16 mars 2004, n°01-15.804, RLDC, 2004/6, n°222, p. 5.
- « Quelle sanction pour la contradiction ? », note Cass. com., 8 mars 2005, n°02-15.783, RLDC, 2005/7, p. 5.
- « Le manquement à une obligation essentielle entraîne l'éradication de la clause limitative d'indemnisation ne dérivant pas d'une source réglementaire ou législative », Comm. Cass. com., 5 juin 2007, n°06-14.632, JCP, G, 2007, II, 10145.
- « Limites du pouvoir de sanction du juge en cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », Comm. Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, JCP G, 2007, II, 10154.

- « La paralysie des prérogatives contractuelles ou la vénéneuse substance du contrat », note Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, P. Aff., 2008, n°27, p. 12.
- « L'importance d'être constant : vers une consécration du principe de cohérence », note Cass. civ. 3^{ème}, 28 janv. 2009, n°07-20.891, D., 2009, p. 2008.
- « L'essentiel est dans la contradiction », note sous Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841, JCP, G, 2010, 787.
- « De la caducité de l'obligation en cas de disparition de la contrepartie convenue », note Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369, *in chr.* « droit des contrats », Gaz. Pal., 2011, n°13, p. 17.
- « Le commerce de la bonne foi ou de l'importance d'être constant », Note, Cass. com., 18 janvier 2011, n°09-14.617, Gaz. Pal., 07 avril 2011, n°97, p.17.
- « Pas de responsabilité contractuelle sans convention », note Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 2011, n°10-11.721, Gaz. Pal., 4 août 2011, n°216, p. 15.
- « Les clauses de non-réaffiliation sont affiliées aux clauses de non-concurrence », note cass. com., 31 janv. 2012, n°11-11.071, *in* « Chronique de jurisprudence, droit des contrats », Gaz. Pal., 12 avr. 2012, n°103, p.17.
- « De l'invocation déloyale de régularisation de charges de loyer », note Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2012, n°11-14.174, Gaz. Pal., 2012, n°187, p. 18-19.
- « L'admission mesurée de la violence économique », *in* Chr. « Chronique de jurisprudence de droit des contrats », note Cass., 1^{ère} civ., 18 fév. 2015, Gaz. Pal., 9 juill. 2015, n°190, p. 16.
- « La durée de la garantie de l'assurance ne saurait être moindre que la durée de la responsabilité de l'assuré », note Cass. 3^{ème} civ., 26 nov. 2015, n°14-25.761, Gaz. Pal., 5 janv. 2016, n°1, p. 35.

IDOT, Laurence :

- « Notion de contrat conclu par les consommateurs », note CJCE, 21 janv. 2005, aff. C-464/01, Europe, 2005, comm. 104.
- « Retour sur la clause d'exclusivité », note Cons. conc., déc. n°06-D-06 du 17 mars 2006, RDC, 2006, p. 721.
- « L'inapplication d'une clause peut permettre d'éviter la qualification d'abus de position dominante », note Cons. conc., déc. n°06-D-18 du 28 juin 2006, RDC, 2006, p. 1104.
- « Pratiques commerciales déloyales », note CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, Europe, 2011, comm. 30.
- « Distribution sélective et Internet », note CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, aff. C-439/09, Europe, 2011, comm. 471.
- « Distribution sélective et internet », note CA Paris, 31 janv. 2013, n°08/23812, Europe, 2013, comm. 135.

JAMIN, Christophe :

- « Une clause résolutoire n'est jamais acquise si elle est mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », note sous Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1995, n°92-20.654, D. 1995, p. 389.
- Note Cass. com., 24 nov. 1998, n°96-18.357, JCP, G, 1999, I, 143.
- « Caractérisation de l'abus dans la détermination unilatérale des conditions de vente d'un concessionnaire », note Cass. com., 15 janv. 2002, n°99-21.172, JCP G, 2002, II, 10157.

JEOL, Michel : « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (revirement radical de la Cour de cassation) », conclusions sous Cass. Ass. Plen., 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, D., 1996, p. 13.

JOURDAIN, Patrice :

BIBLIOGRAPHIE

- « L'application de la loi de 1985 dans les rapports contractuels entre bailleur et preneur et l'éviction du principe de non-cumul des responsabilités », note Cass. civ. 2^{ème}, 21 juin 2001, n°99-15.732, RTD Civ., 2001, p. 901.
- « La Cour de cassation refuse de reconnaître la faute lourde de Chronopost pour retard d'acheminement », note, Cass., Ch. mixte, 22 avr. 2005, n°02-18.326, RTD Civ., 2005, p. 604.
- « Vers une « subjectivisation de la faute lourde ? », note Cass. com., 21 fév. 2006, n° 04-20.139, RTD Civ., 2006, p. 322.
- « Clause limitative, obligation essentielle et faute lourde : encore Chronopost ! », Note Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974, et Cass. com., 13 juin 2006, n°05-12.619, RTD Civ., 2006, p. 773.
- « Clauses restrictives de responsabilité et obligation essentielle : une précision et des incertitudes », note Cass. com., 18 déc. 2007, n°04-16.069, RTD Civ., 2008, p.310.

KENFACK, Hugues :

- « Droit des transports Panorama 2004-2005 », note Cass., Ch. mixte, 22 avr. 2005, n°02-18.326 et 03-14.112, D., 2005, p. 2748.
- « Fin des incertitudes sur la clause de non-réaffiliation ? », note Cass. com., 17 janv. 2006, n°03-12.382, RLDA, mai 2006, n°5, p. 39-43.

KHODRI, Farida : « Quand le « tsunami » travailleur atteint la matière commerciale », Note Cass., com., 15 mars 2011, n°10-13.824, JCP, G, 2011, n°24, p.692.

KILGUS, Nicolas : « Logiciel préinstallé et pratique commerciale déloyale : précisions », note Cass. civ., 5 fév. 2014, n°12-25.748, D. actualité, 14 fév. 2014.

KOERING, Camille : « Pratiques restrictives de concurrence : autre regard sur l'irrecevabilité de l'action propre du ministre de l'économie », note sous CA Versailles, ch. 12, sect. 2, 3 mai 2007, n°05/09223 et CA Angers, 29 mai 2007, n°06/00563, JCP, E, 2007, 2429.

LAITHIER, Yves-Marie :

- « L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : « Chronopost », dix ans après », note Cass. com., 30 mai 2006, n°04-14.974, RDC, 2006, p. 1075.
- « L'efficacité retrouvée des clauses limitatives de réparation », note Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841, RDC, 2010, p. 1220.

LAITHIER, Yves-Marie, MAZEAUD, Denis : « Sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat », note Cass. civ., 3^{ème}, 9 déc. 2009, n°04-19.923, RDC 2010, n°, p. 561.

LAMOUREUX, Marie : « Le regain de vitalité de la clause limitative de réparation », note Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841, RLDC, déc. 2010, n°77, p. 7-11.

LARRIEU, Jacques : « L'oxymore de la concurrence déloyale », note Cass. com., 20 nov. 2007, n°05-15.643, Propr. Ind., 2008, comm. 71.

LARROUMET, Christian : « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », note Cass. Com., 22 oct. 1996, n°93-18.632, D. 1997, p. 145.

LE CORRE, Pierre-Michel : La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l'égard de la sauvegarde », note Cass. com., 8 mars 2011, pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, D. 2011, p. 919.

LE GAC-PECH, Sophie :

- « L'équilibre du contrat au travers de la cause : un substitut à la théorie de l'imprévision ? », Commentaire, Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369, JCP, E, 2010, n°50, p. 2108.
- « L'obligation d'information à nouveau sous le feu des projecteurs », Commentaire, Cass. Com., 7 février 2012, n°11-10.487, JCP, E, n°17, p.1263.

- « Le retour en grâce de la bonne foi : la régularisation déloyale et brutale équivaut au droit de ne pas payer ses charges », note sous Cass. civ. 3^e, 21 mars 2012, n°11-14.174, AJDI, 2012, p. 597.
- « Du nouveau sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie », note, Cass., com., 3 mai 2012, n°11-10.544, JCP, G, 2012, n°29 p. 867.
- « Du nouveau sur les clauses abusives entre professionnels », note sous Cass. com., 4 nov. 2014, n°13-13.576, JCP, E, 2015, 1002.
- « Dernière touche au régime de la rupture brutale des relations commerciales », note sous Cass. com., 10 fév. 2015, n°13-26.414, JCP, E, 2014, 1180.
- « Sanctions et démesure », note sous Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525, JCP, E, 2015, 1207.
- « Ecueils et limites de la législation sur les clauses abusives », note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2015, JCP, E, 2015, 1509.
- « Coup de projecteur sur le contrôle des clauses abusives », note sous CJUE, 23 avr. 2015, aff. C-96/14, JCP, E, 2015, 1375.
- « Nouvelles précisions sur le contrôle du déséquilibre significatif dans les contrats commerciaux », note sous Cass. com., 29 sept. 2015, n°13-25.043, JCP, E, 2016, 1040.

LE GALLOU, Cécile :

- « Rupture brutale : le respect d'un délai n'exclut pas la mauvaise foi », note Cass. com., 8 oct. 2013, n°12-22-952, RLDC, 12-2013, n°110, p.16.
- « Rupture des relations commerciales : quel préjudice ? », note Cass. com., 10 fév. 2015, n°13-26.414, RLDC, 04-2015, n°125, p. 18-19.

LE TOURNEAU, Philippe : « D'utiles mises au point sur le parasitisme », note Cass., com., 30 janv. 2001, D. 2001, p. 1939.

LEBLOND, Nicolas :

- « Liberté contractuelle et responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales établies », note Cass. com., 16 déc. 2014, n°13-21.363, L'essentiel Droit des contrats, 2015, n°2, p. 1.
- « Appréciation du déséquilibre significatif entre professionnels : soyons concrets », note Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525, L'essentiel Droit des contrats, 2015, n°4, p. 1.
- « Appréciation du déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux (suite) », note Cass., com., 27 mai 2015, n°14-11.387, L'essentiel Droit des contrats, 2015, n°7, p. 1.

LECOURT, Arnaud :

- « Le déséquilibre significatif au crible du Conseil constitutionnel », note Cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, RLDA, 03-2011, n°58, p. 37-38.
- « La revente à perte dans l'œil du cyclone européen », note CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343/12, RLDA, 06/2013, n°83, p. 35.

LEGEAIS, Dominique : « Convention d'unité de compte. Interdiction pour la banque de se contredire dans la mise en œuvre de la convention », note Cass. com., 8 mars 2005, n°02-15.783, RTD Com., 2005, p. 397.

LEMAY, Pierre : « Un syndicat de copropriétaire bénéficiaire de l'article L.136-1 du Code de la consommation », Note Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 2011 n°10-30.645, JCP E, 2011, n°37, p.1660.

LEGRAND, Véronique :

- « Vente d'ordinateurs « plug and play » : déloyale ou pas déloyale ? », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 12 juil. 2012, n°11-18.807, P. Aff., 17 août 2012, n°165, p. 14.
- « Offre conjointe portant sur un ordinateur équipé de logiciels », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 5 fév. 2014, n°12-25.748, P. Aff., 28 fév. 2014, n°43, p. 7.

LEROY, Michel : « Assurance-vie en perte et action du souscripteur en nullité pour réticence dolosive », note Cass., 1^{ère} civ., 11 oct. 2011, n°10-21.698.

LESQUINS, Jean-Louis, FERCHICHE, Lila : « Exemptabilité de l'interdiction des ventes sur Internet : l'état se resserre », note CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, RLDA, 2011/11, n°65, p. 38.

BIBLIOGRAPHIE

LEVENEUR, Laurent :

- « L'indétermination du prix dans les contrats : portée d'un revirement de jurisprudence », note Cass., Ass. Plen., 1^{er} déc. 1995, n°91-15.578, n°91-15.999, n°91-16.653, n°93-13.688, JCP, E, 1996, 776.
- « Dol : les sanctions pleuvent sur le vendeur déloyal », note sous Cass. com., 4 janv. 2000, n°96-16.197, CCC, 2000, comm. 79.
- « La contrainte économique permet-elle d'annuler un contrat ? », note, Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, 98-15.242, CCC, 2000, comm. 142.
- « Le défaut d'information préalable du franchisé n'entraîne pas la nullité automatique du contrat de franchise », note sous Cass. com., 21 nov. 2000, n°98-12.527.
- « Contrat entre deux professionnels : rappel du critère du rapport direct », note Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, n°00-18.202, CCC, 2002, comm. 118.
- « Où la nécessité d'une contrepartie de l'obligation d'approvisionnement exclusif apparaît en pleine lumière », note sous Cass. com., 8 fév. 2005, n°03-10.749, CCC, 2005, comm. 104.
- « Chronopost toujours », note Cass., com., 21 fév. 2006, n°04-20.139, CCC, 2006, comm. 103.
- « Les limites du rôle de la bonne foi dans l'exécution du contrat : où l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 l'emporte sur l'alinéa 3 », note Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, CCC, 2007, comm. 294.
- « Chronopost, 3^e épisode », note Cass., Ch. mixte, 22 avr. 2005, n°02-18.326 et n°03-14.112, CCC, 2008, comm. 150.
- « Où le vendeur particulier finit par devenir un vendeur professionnel », note sous Cass. 2^{ème} civ., 30 sept. 2008, n°07-16.876, CCC, 2009, comm. 4.
- « La brume se dissipe sur les clauses limitatives », note sous Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841, CCC, 2010, comm. 220.
- « Conditions de validité : une contrepartie financière n'est pas nécessaire », (clause de non-réaffiliation), note sous Cass. com., 31 janvier 2012, n°11-11.071, CCC, 2012, comm. 83.

LIENHARD, Alain :

- « Fondement de la responsabilité des organisateurs de loteries publicitaires : l'intrusion surprise du quasi-contrat », note Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n°98-22.981, D. 2002, p. 2531.
- « Affaire Cœur Défense : spectaculaire cassation », note sous Cass. com., 8 mars 2011, pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, D. 2011, p. 919.

LOIR, Romain :

- Note Cass. com., 25 juin 2013, n°12-21.623, *in* Chr. « Technique contractuelle », dir. J.- B. Seube, JCP, E, 2014, 1074, spéc. n°1.
- Note Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2015, n°14-25.080 *in* Chr. « Technique contractuelle », dir. J.- B. Seube, JCP, E, 2016, 1021, spéc. n°9.

LOISEAU, Grégoire :

- « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-15.242, JCP, G, 2001, II, 10461.
- « La faute lourde du transporteur et la mise en échec de la limitation d'indemnisation prévue au contrat type », note Cass., Ch. mixte, 22 avr. 2005, n°03-14.112, JCP, G, 2005, II, 10066.
- « Condition d'application de la clause de limitation de responsabilité du contrat type messagerie », Comm. Cass. com., 13 juin 2006, n°05-12.619, JCP G, 2006, II, 10123.
- « Le crépuscule des clauses limitatives de réparation », Note Cass. com., 13 février 2007, n° 05-17.407, RLDC, 05-2007, n°38-1.
- « La saga du « plug and play » : épisode ou épilogue du feuilleton sur la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés ? », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 12 juil. 2012, n°11-18.807, CCE, 2012, comm. 111.

- « Quand les lois de la consommation servent aussi celles de la concurrence », Commentaire, Cass. Com. 4 décembre 2012, n°11-27.729, CCE. 2013, n°2, comm. 14.
- « Le vice et ses vertus », note Cass. 1^{ère} civ., 4 fév. 2015, n°14-10.920, CCE, 2015, comm. 33.
- « Une clause abusive hors la loi », note sous CA Paris, Pôle 2, ch. 2, 6 mars 2015, n°13/20879, CCE, 2015, comm. 41.

LOQUIN, Eric :

- « Le contentieux de la rupture abusive des relations d'affaires établies entre dans le champ d'application de la clause compromissaire stipulée dans le contrat objet de la rupture », note Cass. civ. 1^{ère}, 8 juil. 2010, n°09-67.013, RTD Com., 2012, p. 525.
- « Rupture brutale de relations d'affaires établies, loi de police et validité de la clause d'arbitrage », note CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 18 mars 2014, n°122/13601, RTD Com., 2015, p. 57.

LOUSSOUARN, Yvon : Note Cass. com., 11 oct. 1978, n°77-10.155, 77-11.624, 77-11.485, JCP, G, 1979, II, 19034.

LUCIANI, Anne-Marie :

- « Nécessité d'une contrepartie de l'obligation d'approvisionnement exclusif », note sous Cass. com., 8 fév. 2005, n°03-10.749, JCP, G, 2006, II, 10011.
- « L'action du ministre de l'économie en nullité » et en répétition de l'indu déclarée irrecevable pour contrariété à l'article 6 de la Convention EDH », note sous CA Versailles, ch. 12, sect. 2, 3 mai 2007, n°05/09223 et CA Angers, 29 mai 2007, n°06/00563, JCP, G, 2007, II, 10191.
- « Action du ministre en matière de pratiques restrictives de concurrence », note Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-16.761, JCP, E, 2008, act. 377.
- « Constitutionnalité du pouvoir conféré au ministre de l'économie pour faire cesser les pratiques restrictives de concurrence », note Cons. const. 13 mai 2011, n°2011-126 QPC, JCP, G, 2011, 717.
- « Conformité à l'article 6 de la Convention EDH des pouvoirs du ministre de l'économie pour lutter contre les pratiques restrictives de concurrence », note sous Cour EDH, 5^e sect., 17 janv. 2012, n°51255/08, GALEC c. France, JCP, G, 2012, 462.

MAINGUY, Daniel :

- « Distribution sélective et parfumerie de luxe, Internet de droit de la concurrence », note Cass. com., 10 juill. 2007, n°05-18.571, *in* Chr. « Droit de la distribution », spéc. n°5, JCP, E, 2008, 1638.
- Note CA Versailles, ch. 12, sect. 2, 3 mai 2007, n°05/09223, *in* chr. « Droit de la distribution », JCP, E, 2008, 1676.
- « Le Conseil constitutionnel et l'article L.442-6 du Code de commerce », note Cons. const., 13 janvier 2011, n°2010-85 QPC, JCP, E, 2011, n°7, 1136 ; v. aussi, JCP, G, 2011, n°10, 274.

MALAUURIE, Philippe : note sous Cass. com., 9 nov. 1987, n°86-13.984, D., 1989, p. 35.

MALAUURIE-VIGNAL, Marie :

- « L'action en concurrence déloyale suppose-t-elle l'existence d'une clientèle commune ? », note Cass. com., 30 mai 2000, n°98-15.549, CCC, 2000, comm. 161.
- « La preuve du lien de causalité entre le comportement déloyal et le préjudice doit-elle être rapportée ? », note sous Cass. com., 30 janv. 2001, n°99-10.654, CCC, 2001, comm. 58.
- « Liens entre l'imitation d'un produit, le préjudice et le lien de causalité », note sous Cass. com., 16 janv. 2001, n°99-10.756, CCC, 2001, comm. 59.
- « La défense du Ministre de l'économie n'échappe pas aux avocats ! », note sous Cass. com., 17 juill. 2001, n°99-19.309, CCC, 2001, comm. 161.
- « Sanctions attachées à l'illicéité d'une clause anticoncurrentielle », note sous Cass. com., 29 janv. 2002, n°00-11.433, CCC, 2002, comm. 124.

BIBLIOGRAPHIE

- « En raison de la position dominante d'un producteur, il ne peut obtenir des engagements lui assurant une représentativité de tous ses produits sur les linéaires, car l'accès à un linéaire constitue une ressource rare », note sous Cons. conc., déc. n°04-D-13, du 8 avr. 2004, CCC, 2004, comm. 95.
- « Par une interprétation contra legem de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce, la Cour de cassation rétablit la condition tenant à l'absence de solution équivalente supprimée par la loi NRE », note Cass., com., 3 mars 2004, n°02-14.529, CCC, 2004, comm. 108.
- « Le droit des pratiques restrictives est à nouveau réformé », Commentaire, Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (Titre VI, modernisation des relations commerciales), CCC, 2005 n°10, comm. 170.
- « Les clauses de quota à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles », note Cons. conc., déc. n°05-D-48 du 28 juil. 2005, CCC, 2006, comm. 8.
- « Clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise », note cass. com., 17 janv. 2006, n°03-12.382, CCC, 2006, comm. 67.
- « Compétence territoriale en cas de rupture brutale du contrat », note Cass. com., 6 fév. 2007, n°04-13.178, CCC, 2007, comm. 91.
- « L'action du ministre de l'économie, fondée sur l'article L. 442-6-III du Code de commerce n'est pas autonome », note sous CA Versailles, ch. 12, sect. 2, 3 mai 2007, n°05/09223, CCC, 2007, comm. 206.
- « Contrefaçon, concurrence déloyale et internet », note sous Cass. com., 10 juill. 2007, n°05-18-571, CCC, 2007, comm. 275.
- « La Cour de cassation reconnaît la spécificité de l'action du ministre de l'économie fondée sur l'article L. 442-6, III du Code de commerce », note, Cass. com., 8 juillet 2008, n°07-16.761, CCC, 2008, n°10, comm. 237.
- « L'existence d'une clientèle commune n'est pas requise dans l'action en concurrence déloyale », note Cass. com., 20 nov. 2007, n°05-15.643, CCC, 2008, comm. 51.
- « Conditions de l'action en concurrence déloyale », comm. Cass. com., 12 fév. 2008, n°06-17.501, CCC, 2008, comm. 103.
- « Rupture abusive, abus de dépendance économique et compétence juridictionnelle », note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, n°07-15.823, CCC, 2008, comm. 270.
- « Distribution sélective et interdiction de vente en ligne », note Cons. conc., déc. n°08-D-25, CCC, 2008, comm. 271.
- « Concurrence déloyale et risque de confusion entre deux entreprises », comm. Cass. com., 27 janv. 2009, n°07-15.971, CCC, 2009, comm. 78.
- « Distribution sélective et interdiction de vente en ligne », note sous CA Paris, 29 oct. 2009, n°08/23812, CCC, 2009, comm. 287.
- « De la qualité pour agir en concurrence déloyale », note sous Cass. com., 24 nov. 2009, n°08-13.052, CCC, 2010, comm. 48.
- « Les clauses constituant des préoccupations de concurrence », Note Aut. Conc. Décision n°10-D-27 du 15 septembre 2010, CCC, 2010, comm. 245.
- « Une clause de non-concurrence n'est pas une clause de non-réaffiliation », Note Cass. com., 28 septembre 2010, n°09-13.888, CCC, 2010, comm. 271.
- « Conditions d'interdiction des ventes liées », note sous Cass., 1^{ère} civ., 15 nov. 2010, n°09-11.161, CCC, 2011, comm. 9.
- « Question prioritaire de constitutionnalité et article L. 442-6, III du Code de commerce », note Cass. com., 8 mars 2011, n°10-40.070, CCC, 2011, comm. 115.
- « Licéité d'une clause de non concurrence liant un actionnaire-salarié stipulée dans un pacte d'actionnaire », Note Cass. com., 15 mars 2011, n°10-13.824, CCC, 2011 comm. 138.

- « Action du ministre contre les pratiques anticoncurrentielles et question prioritaire de constitutionnalité », note Cons. const., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC, CCC, 2011, comm. 159.
- « Distribution sélective et vente par internet », note CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, aff. C-439/09, CCC, 2011, comm. 257.
- « De la délicate distinction entre concurrence déloyale et action en contrefaçon », Note Cass. com. 4 octobre 2011, n°10-20.914, CCC, 2012, n°1, p.6.
- « Avantage indu ou manifestement disproportionné », Note Cass. com. 18 octobre 2011, n°10-15.296, CCC, 2012, comm. 10.
- « Question prioritaire de constitutionnalité et article L.442-6, III du Code de commerce », note Cass. com., 8 mars 2011, n°10-40.070, CCC, 2011, n°5, p.115.
- « Clause de non-réaffiliation », note sous Cass. com., 31 janv. 2012, n°11-11.071, JCP, E, 2012, 1205.
- « L'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce est autonome », note Cour EDH, 5^e sect., 17 janv. 2012, n°51255/08, GALEC c. France, CCC, 2012, comm. 94.
- « Les relations étroites entre clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation », Commentaire, Cass. Com. 3 avril 2012, n°11-16.301, JCP, E, 2012, 1402.
- « Un avis imprégné d'analyse économique sur le commerce en ligne », note Aut. conc., avis n°12-A-20 du 18 sept. 2012, CCC, 2012, comm. 279.
- « L'interdiction de la revente en ligne des produits dermo-cosmétiques ne peut être contractuellement stipulée », note CA Paris, 31 janv. 2013, n°08/23812, CCC, 2013, comm. 76.
- « Clause de non-réaffiliation », note CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 6 mars 2013, n°09/16817, CCC, 2013, comm. 113.
- « Le droit de préemption au profit d'une coopérative de distribution », note Aut. conc., déc. n°13-D-19 du 19 oct. 2013, CCC, 2014, comm. 6.
- « Déséquilibre significatif : faut-il opposer l'action en cessation et l'action en nullité et réparation, comme le fait l'arrêt de la cour d'appel de Paris ? », note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, n°12/04791, CCC, 2014, comm. 63.
- « Un tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur l'indemnisation du préjudice né d'une rupture brutale de relations commerciales établies », note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2015, n°14-25.080, CCC, 2016, comm. 41.

MALVILLE, Marie-Hélène : « Non-application de la prescription biennale à l'obligation précontractuelle d'information et de conseil de l'assureur », note sous Cass., civ. 1^{ère}, 30 janv. 2001, n°98-18.145.

MARCELLESI, Doris : Note sous TPICE, 17 sept. 2007, *Microsoft*, aff. T-201/04, Gaz. Pal., 22 janv. 2008, n°22, p. 24.

MARECHAL, Camille : « L'*estoppel* à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », note Cass. com., 20 sept. 2011, n°10-22.888, D., 2012, p. 167.

MARGUENAUD, Jean-Pierre : « La consolidation européenne de l'autonomie de l'action du ministre visant à obtenir l'annulation des clauses et contrats restreignant la concurrence », note Cour EDH, 5^e sect., 17 janv. 2012, n°51255/08, GALEC c. France, RDC, n°3/2012, p. 963.

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, Anne : note CJCE, 21 janv. 2005, aff. C-464/01, RJC, 05/2005, n°3, p. 256-264.

MARMOZ, Franck : « La rupture brutale des relations commerciales établies relève du domaine de la responsabilité délictuelle », note Cass., com., 6 févr. 2007, n°04-13.178, JCP, G, 2007, II, 10108.

MATHEY, Nicolas :

- « Application d'une clause attributive de compétence en cas d'abus de dépendance », note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, n°07-15.823, JCP, E, 2008, 2535.
- « Loi applicable à la responsabilité délictuelle pour rupture brutale des relations commerciales », note Cass. com., 21 oct. 2008, n°07-12.336, CCC, 2009, comm. 8.

BIBLIOGRAPHIE

- « Nature délictuelle de la responsabilité en cas de rupture brutale de la relation commerciale établie », note sous Cass. com., 13 janv. 2009, n°08-13.971, CCC, 2009, comm. 72.
- « La relation commerciale établie n'est pas juxtaposition de contrats indépendants », note sous Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-15.589, CCC, 2009, comm. 73.
- « Relations commerciales et activité civile », note Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-18.050, CCC, 2009, comm. 100.
- « Une succession de contrats peut caractériser une relation commerciale établie », note sous Cass. com., 15 sept. 2009, n°08-19.200.
- « Première application du nouvel article L. 422-6, I, 2° du Code de commerce », note T. com. Lille, 6 janv. 2010, n°2009-05184, CCC, 2010, comm. 71.
- « Nature délictuelle de la responsabilité encourue en cas de rupture brutale de relation commerciale établie », note sous Cass. com., 13 janv. 2009, n°08-13.971.
- « Rupture d'une relation commerciale et activité civile », note Cass. com., 14 sept. 2010, n°09-14.322, CCC, 2010, comm. 249.
- « Constitutionnalité de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce », note Cons. const. 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, CCC, 2011, comm. 62.
- « Déséquilibre significatif dans les relations de distribution », Note T. com. Lille, 7 septembre 2011, CCC, 2011, n°11, comm. 234.
- « Exclusion de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en présence d'un contrat type LOTI », note Cass. com., 4 oct. 2011, n°10-20.240, CCC, 2011, comm. 259. V. aussi, relativement au même arrêt : JCP, E, 2011, 1769.
- « Le déséquilibre significatif dans un contrat de distribution », note CA. Versailles, 27 octobre 2011, Juris-Data n°2011-030371, CCC, 2012, n°2, p. 42.
- « Compétence des juridictions spécialisées (C. com. L.442-6) », Obs. CA Rennes, 28 juin 2011 Juris-Data n°2011-030372, CA Rennes, 13 décembre 2011, Juris-Data 2011-028531, et CA Lyon, 18 novembre 2011, Juris-Data 2011-027765, CCC, 2012, n°2, p.45.
- « Nouvelles décisions sur le déséquilibre significatif », Commentaire T. com., Créteil, 13 décembre 2011, Min. éco. c. Système U ; T. com., Créteil, 13 décembre 2011, Min. éco. c. GALEC ; T. com., Meaux, 6 décembre 2011, Min. éco. c. Provera, CCC, 2012, comm. 62.
- « Extension de la relation commerciale au-delà des parties initiales », note, Cass. Com. 25 septembre 2012, n°11-24.301, JCP, E, 2012, n°51, 1785.
- « Clause attributive de juridiction et rupture brutale des relations commerciales établies », note sous Cass. com., 20 mars 2012, n°11-11.570, CCC, 2012, comm. 208.
- « Appréciation et sanction du déséquilibre significatif », note CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n°11/08674, CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n°12/01166, CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 4 juil. 2013, n°12/07651, CCC, 2013, comm. 208.
- « Rupture de relations commerciales au cours du préavis », note sous Cass. com., 9 juil. 2013, n°12-20.468, CCC, 2013, comm. 209.
- « Déséquilibre significatif dans les obligations des parties au détriment des fournisseurs », note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n°12/00150, CCC, 2014, comm. 64.
- « Arbitrage et rupture brutale de relations commerciales établies », note sous CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 1^{er} juil. 2014, n°13/09208, JCP, G, 2014, 1018.
- « Principe de proportionnalité des peines et transmission de l'imputabilité en matière de pratiques restrictives », note sous Cass. com., 21 janv. 2014, n°12-29.166, CCC, 2014, comm. 91.
- « Légalité du décret approuvant le contrat type de sous-traitance de transport », note sous Cass. com., 23 sept. 2014, n°12-27.387, CCC, 2014, comm. 271.
- « Désengagement progressif », note sous Cass. com., 16 déc. 2014, n°13-21.363, CCC, 2015, comm. 34.

- « L'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures », note sous Cass. com., 10 fév. 2015, n°13-26.414, CCC, 2015, comm. 89.
- « Evaluation du préjudice en cas de rupture brutale des relations commerciales établies », note Cass. com., 3 fév. 2015, n°13-24.595 et 13-25.496, CCC, 2015, comm. 90.
- « Le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation », note sous Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907 et n°13-27.525, CCC, 2015, comm. 115.
- « Nouvelle contribution de la Cour de cassation en matière de déséquilibre significatif », note sous Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387, CCC, 2015, comm. 229.

MATHIEU, Bastien : « Les conditions générales d'achat d'un constructeur automobile sous les fourches caudines de la Commission d'examen des pratiques commerciales », note CEPC, avis n°14-09 du 19 juin 2014 relatif à une demande d'avis d'un syndicat de fabricants du secteur automobile sur les nouvelles conditions générales d'achat proposées à ses membres par un constructeur français d'automobiles, AJCA, 2014, p. 382.

MATHONNIERE, Chloé : « Clause de non-réaffiliation : pas de contrepartie financière », note Cass. com., 31 janv. 2012, n°11-11.071, RLDA, mars 2012, n°69, p. 52-53.

MAZEAUD, Denis :

- « Validité des clauses abusives entre professionnels », note Cass. com., 10 mai 1994, n°92-22.075, D. 1995, p. 89.
- « Le triomphe de l'esprit du contrat sur la lettre de l'acte instrumentaire », note Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, n°94-18.250, Defrénois, 1996, p. 1007.
- « La proportionnalité, une idée dans le vent... », note Cass. com., 14 oct. 1997, n°95-14.285, Defrénois, 1998, p. 1040.
- « Vers l'émancipation du vice de violence », note Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-15.242, D. 2001, p. 1140.
- « La résistance de la règle morale dans la responsabilité civile », note Cass. civ. 2^{ème}, 24 janv. 2002, n°99-16.576, D. 2002, p. 2559.
- « Fixation unilatérale abusive des conditions de vente par un concédant automobile », note Cass. com., 15 janv. 2002, n°99-21.172, D. 2002, p. 2841.
- « Régime de la violence économique », note Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12.932, D. 2002, p. 2844.
- « D'une source, l'autre... », note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n°98-22.981, D. 2002, p. 2963.
- « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 16 mars 2004, n°01-15.804, D., 2004, p. 1754.
- « Le domaine de l'obligation de renégocier un contrat déséquilibré : la Cour de cassation trace la ligne de partage entre liberté, responsabilité et solidarité, note Cass. civ., 1^{ère}, 16 mars 2004, n°01-15.804, RDC, 2004, n°3, p. 642.
- « Faute lourde et plafond légal de réparation », Note Cass. Ch. mixte, 22 avr. 2005, n°02-18.326 et n° 03-14.112, RDC, 2005, p. 673.
- « Cause de l'obligation », note Cass. com., 8 fév. 2005, n°03-10.749, RDC, 2005, p. 684.
- « Cohérence », note Cass. com., 8 mars 2005, n°02-15.783, RDC, 2005, p. 1015.
- « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », note Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n°01.00.475, D., 2005, p. 1828.
- « Clause légale de limitation de responsabilité », note Cass. com., 21 fév. 2006, n°04-20.139, RDC, 2006, p. 694.
- « Saga *Chronopost* : les maîtres du temps perdent une manche », note sous Cass. com., 30 mai 2006, n°04-14.974, D., 2006, p.2288.
- « Renégocier ne rime pas avec réviser », note Cass. com., 3 oct. 2006, n°04-13.214, D., 2007, p. 765.

BIBLIOGRAPHIE

- « La chambre commerciale de la Cour de cassation rend un arrêt d'école et de synthèse », note Cass. com., 13 fév. 2007, n°05-17.407, RDC, 2007, p. 707.
- « Bonne foi », note Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-17.768, RDC, 2007, p. 1110.
- « Clause limitative de réparation » « Le renouveau de la cause, toujours et encore ! », note Cass. com., 5 juin 2007, n°06-14.632, RDC, 2007, p. 1121.
- « Principe de cohérence », note Cass. civ. 3^{ème}, 28 janv. 2009, n°07-20.891, Bull. civ. III, n°22, RDC, n°3-2009, p. 999.
- « Action en responsabilité délictuelle du contractant victime », note Cass. com., 13 janv. 2009, n°08-13.971, RDC, n°3-2009, p. 1016.
- « Intangibilité du contrat », note Cass. civ. 3^{ème}, 18 mars 2009, n°07-21.260, RDC, n°4-2009, p. 1358.
- « Clause évasive de responsabilité », Note Cass. com., 9 juin 2009, n°08-10.350, RDC, n°4-2009, p.1359.
- « L'arrêt « Canal moins » ? », note Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369, D., 2010, p.2481.
- « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution », note sous arr. Cass. com., 8 oct. 2013, n°12-22.952, D., 2013, p. 2617.

MEISTER, Marie :

- « Pratiques commerciales déloyales », note CJUE, 14 janv. 2010, aff. C-304/08, Europe, 2010, comm. 120.
- « Pratiques commerciales déloyales », note CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-59/12, Europe, 2013, comm. 540.

MEKKI, Mustapha :

- « Les « petits arrêts » et les grands principes », note CA Paris, 14 déc. 2011, n°08/09544, *in* Chr. « Droit de la responsabilité civile », Gaz. Pal., 5 mai 2011, n°125, p. 7.
- « Les contours obscurs de la sphère contractuelle », note Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 2011, n°10-11.721, Gaz. Pal., 6 oct. 2011, n°279, p. 13.

MENDOZA-CAMINADE, Alexandra :

- « De la loyauté de toute compétition économique ou les mérites (redécouverts) de la concurrence déloyale », note sous Cass. com., 12 fév. 2008, n°06-17.501, P. Aff., 2008, n°209, p.4.
- « Les réseaux de distribution et la vente par Internet », note Aut. conc., 12 déc. 2012, n°12-D-23, JCP, E, 2013, 1202.
- « Distribution des cosmétiques et des médicaments : l'inéluctable commercialisation par internet ? », note sous Cass. com., 24 sept. 2013, n°12-14.344, D., 2014, p. 192.

MENJUCQ, Michel : « Affaire Cœur Défense : la Cour de cassation recadre la cour d'appel de Paris sur la notion de difficultés justifiant une sauvegarde », note Cass. com., 8 mars 2011, pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, Rev. proc. coll., 2011, n°2, repère 2.

MESA, Rodolphe : « La Cour de cassation juge que la vente d'ordinateurs comportant un logiciel d'exploitation préinstallé n'est pas une pratique déloyale dès lors que le consommateur dispose de la possibilité de trouver des ordinateurs « nus » sur un autre site dédié aux professionnels, ceci alors même que l'installation d'un logiciel d'exploitation libre est une démarche délicate dont la société vendeuse ne peut garantir la réussite », note Cass. civ., 1^{ère}, 12 juil. 2012, n°11-18.807, Concurrences, 2012, n°4, p. 104.

MESTRE, Jacques :

- « Chassez l'article 1129, il revient au galop », note Cass. com., 9 nov. 1987, n°86-13.984, RTD Civ., 1988, p. 527.
- « La reconnaissance expresse du pouvoir pour le juge de condamner directement une clause abusive », note Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, n°89-20.999, RTD Civ., 1991, p. 526.

- « De la nullité des clauses portant atteinte au principe de libre concurrence », note Cass. com., 18 fév. 1992, n°87-12.844, RTD Civ., 1992, p. 759.
- « Une bonne foi franchement conquérante... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat », note Cass. com., 3 nov. 1992, n°90-18.547, RTD Civ., 1993, p. 124.
- « Vers une nouvelle lecture de l'article 1129 du Code civil ? », note Cass. civ., 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°91-21.009, RTD Civ., 1995, p. 358.
- « Feu l'article 1129 sur le terrain du prix », note Cass. Ass. Plen., 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, RTD Civ., 1996, p. 153.
- « L'article 1131 du Code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels », note Cass., Com., 22 oct. 1996, n°93-18.632, RTD Civ., 1997, p. 418.
- « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », note Cass. com., 24 nov. 1998, n°96-18.357, RTD Civ., 1999, p. 98.
- « D'importantes précisions sur les cas de nullité du contrat », note Cass. 1^{ère} civ., 7 oct. 1998, n°96-17.829, RTD Civ., 1999, p. 383.

MESTRE, Jacques, FAGES, Bernard :

- « L'abus dans la fixation du prix », note CA Versailles, 27 janv. 2000 et CA Paris, 25^e ch. A, 19 mai 2000, RTD Civ., 2000, p. 570.
- « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », note cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-15.242, RTD Civ., 2000, p. 827.
- « Distribution de dividendes et abus dans la fixation unilatérale des conditions de vente », note Cass. com. 15 janv. 2002, n°99-21.172, RTD Civ., 2002, p. 294.
- « Violence morale et dépendance économique », note Cass. civ., 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12.932, RTD Civ., 2002, p. 502.
- « L'annonce d'un pseudo-gain ou la découverte d'un quasi-contrat », note Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n°98-22.981, RTD Civ., 2003, p. 94.
- « Il ne faut pas confondre « déséquilibre structurel » et « modification imprévue des circonstances » », note Cass. civ., 1^{ère}, 16 mars 2004, n°01-15.804, RTD Civ., 2004, p. 290.
- « Et le poids maintenu de certaines prescriptions réglementaires », note Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2004, n°01-11.823, RTD Civ., 2005, p. 389.
- « *Chronopost* s'en tire superbement... mais fait école ! », Note Cass., Civ., 3^{ème}, 24 nov. 2004, n°03-15.807, Cass., Civ., 3^{ème}, 1^{er} juin 2005, n°04-12.200, RTD Civ., 2005, p.779.
- « Bonne foi et cohérence du comportement », note Cass. com., 8 mars 2005, n°02-15.783, RTD Civ., 2005, p. 391.

MICHEL, Valérie : « Clauses abusives », note CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, Europe, 2013, comm. 228.

MOLINIE, Laetitia, CONTIS, Nicolas : « L'opposition CGV/CGA à l'épreuve du déséquilibre significatif », note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n°12/00150, CCC, 2014, alerte 13.

MORACCHINI-ZEIDENBERG, Stéphanie :

- « Clauses abusives : précisions procédurales et matérielles de la CJUE », note sous CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, JCP, E, 2013, 1331.
- « Clauses abusives : précisions sur la notion de déséquilibre significatif », note CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, JCP, E, 2014, 1177.

MOREL, Servane : « Conditions de l'exercice de l'action en concurrence déloyale : selon la Cour de cassation l'action en concurrence déloyale ne serait plus subordonnée à l'existence d'une situation de concurrence entre l'auteur et la victime... », Concurrences, 1-2009, in D. Fasquelle, M.-C. Mitchell, M. Dany : « Pratiques restrictives concurrence déloyale clause de non concurrence », chr. p.126-132 spéc. p. 130.

BIBLIOGRAPHIE

MOULY-GUILLEMAUD, Clémence : « Entre modification de la relation et reconversion, l'appréciation de la rupture brutale se précise », note Cass. com., 9 juil. 2013, n°12-20.468, D. 2013, p. 2324.

OLLARD, Romain : « Pratique commerciale trompeuse », note sous Cass. Civ., 1^{ère}, 6 oct. 2011, n°10-10.800, RDC, 2012, n°3, p. 941.

OLLIVRY, Matthieu : « Application d'une clause attributive de compétence internationale en cas d'abus de dépendance », note Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, n°07-15.823, JCP, E, 2009, 1409.

PAISANT, Gilles :

- Note sous Cass. civ., 1^{ère}, 24 janv. 1995, n°92-18.227, D., 1995, p.327.
- « La règlementation sur les clauses abusives ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services en rapport direct avec l'activité d'un professionnel : fourniture d'électricité », note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n°92-18.227, D. 1995, p. 327.
- « Quel est le consommateur protégé contre les clauses abusives des contrats ? », note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, n°00-18.202, JCP, G, 2002, II, 10123.
- « Un élargissement de l'action collective en suppression des clauses abusives », Note Cass., civ., 1^{ère}, 3 fév. 2011, n°08-14.402, JCP, G, 2011, n°14, p.414.
- « Les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels », note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, n°10-30.645, JCP, G, 2011, 1080.

PECNARD, Christophe, DUPERRAY, Agathe : « Quand le non-respect des obligations contractuelles est sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle », note CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 6 mai 2015, n°13/01886, AJCA, 2015, p. 438.

PECNARD, Christophe, TOURNAIRE, Clément : « Quand le juge ordonne la réécriture d'un règlement intérieur de GIE sur le fondement du déséquilibre significatif », note CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n°13/11059, AJCA, 2015, p. 39.

PERDRIX, Louis : « Validité d'une clause de réduction des commissions d'un courtier en assurances en cas de résultat déficitaire de l'assureur », note Cass., 1^{ère} civ., 18 fév. 2015, n°13-28.278, AJCA, 2015, p. 221.

PETIT, Etienne :

- « La conformité européenne de l'interdiction des ventes avec prime et des ventes liées remise en cause », note CJUE, 23 avril 2009, aff. C-261/07 et aff. C-299/07, D. 2009, p. 1273.
- « Validation des offres *triple play* d'Orange : confirmation de la fin de l'interdiction des ventes subordonnées », note CA Paris, 5^e ch., 14 mai 2009, n°09/03660, D. 2009, p. 1475.
- « L'interdiction de la revente à perte : vers une fin annoncée ? », note CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343/12, D. 2013, p. 913.

PEZE, Antoine :

- Note CJUE, 14 janv. 2010, aff. C-304/08, Gaz. Pal., 14 avril 2010, p. 21, *in* Chr. « Droit de la publicité ».
- Note CA Paris, 14 mai 2009, Gaz. Pal., 14 avril 2010, p. 23, *in* Chr. « Droit de la publicité ».
- Note CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, Gaz. Pal., 21 avril 2011, p. 23, *in* Chr. « Droit de la publicité ».

PHILIPPE, Jérôme, JANSSENS, Thomas : Note cons. conc., déc. n°06-D-28 du 5 oct. 2006, Gaz. Pal., 27 janv. 2007, n°27, p. 21.

PICOD, Yves :

- « Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat », note sous Cass. com., 24 nov. 1998, n°96-18.357, JCP, G, 1999, II, 10210.

- « Les critères de l'abus de dépendance économique : la Cour de cassation ne fléchit pas », note Cass., com., 3 mars 2004, n°02-14.529, D. 2004, p. 1661.
- Note Cass., com., 20 nov. 2007, n°05-15.643, in Panorama « Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme septembre 2006 – septembre 2007 », D., 2008, p. 247, spéc. p. 255.
- « Situation de concurrence et concurrence déloyale : le retour du printemps », note Cass. com., 12 fév. 2008, n°06-17.501, D., 2008, p. 2573.
- « Réplique sismique sur les clauses de non-concurrence : extension de contrepartie par la chambre commerciale », Note Cass, com. 15 mars 2011, n°10-13.824, D., 2011, p.1261.
- « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », note Cons. const. 13 janvier 2011, n°2010-85 QPC, D, 2011 p.415

PIEDELIEVRE, Stéphane :

- Note CJUE 23 avril 2009, aff. C-261/07 et aff. C-299/07, in Chr. « Droit de la consommation », Gaz. Pal., 11 février 2010, n°41, p. 25.
- Note CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, in Chr. « Droit de la consommation », Gaz. Pal., 10 mars 2011, n°69, p. 17.
- Note Cass., civ., 1^{ère}, 6 oct. 2011, n°10-10.800, in Chr. « Droit de la consommation », Gaz. Pal., 23 fév. 2012, n°54, p. 19.
- Note Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, n°10-30.645, in Chr. « Droit de la consommation », Gaz. Pal., 1^{er} déc. 2011, n°335, p. 15.
- Note Cass., civ., 1^{ère}, 12 juil. 2012, n°11-18.807, in Chr. « Droit de la consommation », Gaz. Pal., 6 sept. 2012, n°250, p. 23.
- Note CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-226/12, in Chr. « chronique de jurisprudence de droit de la consommation », Gaz. Pal., 19 juin 2014, n°170, p. 21.

PIRONON, Valérie : « Pierre Fabre : les retombées de « l'affaire » devant les juridictions civiles », note Cass. com., 24 sept. 2013, n°12-14.344, CCE, 2013, comm. 117.

PILLET, Gilles : « L'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce n'est contraire à aucune norme constitutionnelle », note, Cons. const., 13 janvier 2011, n°2010-85 QPC, Revue l'Essentiel Droit des contrats, 2011, n°3, p.2.

PIZZIO, Jean-Pierre : La réglementation sur les clauses abusives ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services en rapport direct avec l'activité d'un professionnel : fourniture d'électricité », note Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n°92-18.227, D. 1995, p. 310.

POISSONNIER, Ghislain : « Vente d'ordinateurs pré-équipés de logiciels d'installation : une pratique déloyale ? », note Cass. civ., 1^{ère}, 12 juil. 2012, n°11-18.807, Gaz. Pal., 30 août 2012, n°243, p. 5.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric : « Abus de position dominante. Refus d'accès. Refus de licence. Ventes liées. Accord ADPIC », note TPICE, 17 sept. 2007, *Microsoft*, aff. T-201/04, RTD Com., 2007, p. 715.

POULIQUEN, Elodie : « Validité d'une clause de non-réaffiliation : pas de contrepartie financière nécessaire », note Cass. com., 31 janv. 2012, n°11-11.071, RLDC, avr. 2012, n°97, p. 14-15.

PRIETO, Catherine :

- « Entente et abus de position dominante », note Cons. conc., déc. n°05-D-32 du 22 juin 2005, RDC, 2005, p. 1038.
- « Clauses d'exclusivité dans l'activité d'octroi de label sans justification », note Cons. conc., déc. n°06-D-06 du 17 mars 2006, Concurrences, n°2-2006, p. 93-95.
- « Refus de contracter et ventes liées : les deux abus de position dominante reprochés à Microsoft », note TPICE, 17 sept. 2007, *Microsoft*, aff. T-201/04, RDC, 2008, p. 811.
- « L'interdiction de vendre en ligne des produits de la parapharmacie imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective », note Cons. conc., 29 oct. 2008, déc. n°08-D-25, RDC, 2009, p. 120.

BIBLIOGRAPHIE

- « Restriction de concurrence et interdiction de vendre sur internet : Pierre Fabre ou les opportunités manquées », note CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, aff. C-439/09, RDC, 2012, p. 111.

PRIEUR, Stéphane : note CA Paris, 5^e ch., 14 mai 2009, n°09/03660, Gaz. Pal., 15 octobre 2009, n°288, p. 25.

RAYMOND, Guy :

- « Crédit consenti par un établissement belge : quelle juridiction compétente en cas de non-remboursement ? », note sous Cass., 1^{ère} civ., 18 juill. 2000, n°98-18.743, CCC, 2000, comm. 182.
- « La notion de quasi-contrat revisitée », note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n°98-22.981, CCC, 2002, comm. 151.
- « Offre conjointe : une pratique commerciale déloyale ? », note sous CJUE, 23 avril 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, CCC, 2009, comm. 183.
- « Jeux et concours : la CJUE persiste et signe », note sous CJUE, 14 janv. 2010, aff. C-304/08, CCC, 2010, comm. 84.
- « La vente d'un ordinateur avec logiciel intégré sans information spécifique est-elle constitutive de pratique commerciale trompeuse ? », note CA Paris, 5^e ch., 14 mai 2009, n°09/03660, CCC, 2010, comm. 85.
- Note Cass. crim., 15 juin 2010, n°09-84.222, CCC, 2010, comm. 285.
- « Personnes morales et application de l'article L. 136-1 du Code de la consommation », note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, n°10-30.645, CCC, 2011, comm. 226.
- « Caractéristiques principales... toujours les ordinateurs... », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 6 oct. 2011, n°10-10.800, CCC, 2012, comm. 31.
- « Encore et toujours la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés », note sous Cass. civ., 1^{ère}, 12 juil. 2012, n°11-18.807, CCC, 2012, comm. 268.

RAZAVI, Mahasti, FALKMAN, Anne-Laure : « Ventes subordonnées, vente avec primes et loteries sont-elles désormais licites par principe ? », note CJUE, 14 janv. 2010, aff. C-304/08, CCC, 2010, alerte 22.

REILLE, Florence : « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : la défense de la raison dans une affaire de « cœur » », note Cass. com., 8 mars 2011, pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, Gaz. Pal., 2 avr. 2011, n°92, p. 7.

REIFEGERSTE, Stephan :

- « Fondement de la responsabilité des sociétés organisatrices de loteries publicitaires », note Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n°98-22.981, JCP, G, 2002, II, 10173.
- « Notion de marché pertinent du Roquefort », note sous Cass. com., 6 déc. 2005, n°06-19.541, JCP, E, 2006, 1608.

RENARD-PAYEN, Olivier : « En mettant en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion d'une convention et non la modification imprévue des circonstances économiques, une société rompt unilatéralement le contrat », note Cass. civ., 1^{ère}, 16 mars 2004, n°01-15.804, JCP, E, 2004, 737.

RIGAUX, Anne : « Clauses abusives », note CJUE, 23 avr. 2015, aff. C-96/14, Europe, 2015, comm. 244.

ROBIN, Catherine : « Est-il interdit d'interdire la vente sur Internet des produits cosmétiques ? », note CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, RDC, 2012/1, n°30, p. 23.

ROCHFELD, Judith :

- « L'europanisation des sources du droit des contrats : les implications de l'harmonisation maximale par exemple », note CJUE, 23 avril 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, et note CA Paris, 5^e ch., 14 mai 2009, n°09/03660, RDC, 2010, n°1, p. 18.

- « L'eupéanisation des sources du droit des contrats : de l'influence des directives d'harmonisation maximale, de nouveau, et des limites éventuelles à la contrainte qu'elles imposent », note note CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, RDC, 2011, n°2, p. 397.

RONDEY, Céline :

- « Notion de consommateur au sens de la Convention de Bruxelles », note Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000, n°98-18.743, D. 2000, 374.
- « Information du consommateur : quelle sanction ? », note Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2004, n°01-11.823, D. 2005, p. 75.
- « Clause abusive : une personne morale est protégeable... », note Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n°02-13.285, D., 2005, p. 887.

ROUGEAU-MAUGER, Corinne : « L'action en justice du ministre de l'économie contre les pratiques restrictives de concurrence : constitutionnalité sous réserve », note Cons. const., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC, D. 2011, p. 1883.

ROUQUET, Yves : « Sort du loyer minoré au locataire qui s'occupait du bailleur décédé », note Cass. civ. 3^{ème}, 18 mars 2009, n°07-21.260, D. 2009, p. 950.

ROUSSEL, Jean : « Assurance du sous-traitant : la clause réduisant la durée de la garantie à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est réputée non écrite », note sous Cass., 3^{ème} civ., 26 nov. 2015, n°14-25.761, RDI, 2016, p. 42.

RUY, Boris : « Clause compromissaire et pratiques restrictives de concurrence », note Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2015, n°14-25.080, AJCA, 2015, p. 520.

RZEPECKI, Nathalie : « La méconnaissance des obligations d'information, dispositions d'ordre public, est sanctionnée par la nullité du contrat », note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2004, n°01-11.823, JCP, G, 2005, II, 10160.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha : note CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, *in* Chr. « Droit de la consommation, février 2010 – février 2011 », D., 2011, p. 974.

SAVAUX, Eric :

- « La violence économique bouleverse-t-elle les vices de formation du contrat ? », note Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12.932, Defrénois, 2002, n°19, p. 1246.
- Note Cass. com., 10 juil. 2007, n°06-17.768, Defrénois, 2007, n°20, p. 1454.
- « Frémissement en matière d'imprévision », Note Cass. com. 29 juin 2010, n°09-67.369, RDC, 2011, n°1, p.34.
- « Retour sur la violence économique, avant la réforme du droit des contrats », note sous arr. Cass., 1^{ère} civ., 4 fév. 2015, n°14-10.920, Cass., 1^{ère} civ., 18 fév. 2015, n°13-28-278, RDC, n°3-2015, p. 445.

SELINSKY, Véronique :

- « Les ventes sur Internet en question », note cons. conc., déc. n°06-D-28 du 5 oct. 2006, RLC, 2007/1, n°10, p. 14.
- « Accords verticaux : l'interdiction de vente en ligne est-elle une restriction caractérisée ? », note CA Paris, 29 oct. 2009, n°08/23812, RDC, 2010, n°22, p. 27-28.
- « Les distributeurs agréés et la vente en ligne : derniers développements », note CA Paris, 31 janv. 2013, n°08/23812, RLC, 2013/4, n°35, p. 23.

SENECHAL, Juliette, « Prémices d'une construction jurisprudentielle du déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux », Note sous T. com. Lille, 6 janvier 2010, n°2009-05184, D., 2010, p.1000.

SERIAUX, Alain : « L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », note, Cass., Com. 22 oct. 1996, n°93-18.632, D. 1997, p. 121.

BIBLIOGRAPHIE

- SERNIET, Yves-Marie** : « La descendance ambiguë des Chronopost : l'arrêt Faurecia », *Comm. Cass., com.*, 13 fév. 2007, n°05-17.407, *JCP, G*, 2007, II, 10063.
- SERRA, Yves** : « La notion de parties à l'action en concurrence déloyale », *note Cass. com.*, 30 mai 2000, n°98-15.549, *D.*, 2001, p. 2587.
- SERRET, Jean-Jacques** : *note Cass. soc.*, 23 sept. 1992, n°90-44.466, *JCP, E*, 1993, 430.
- SEUBE, Jean-Baptiste** :
- « Une lecture bien exigeante de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil », *note Cass. civ. 3^{ème}*, 18 mars 2009, n°07-21.260, *RDC*, 2009, n°4, p. 1490.
 - « Clauses d'intangibilité et l'imprévision », *note Cass. com.*, 29 juin 2010, n°09-67.369, *in Chr. « Technique contractuelle »*, *JCP, E*, 2010, 2134.
- SIRI, Romain** : « Nouvel éclairage sur le manquement à une obligation essentielle et la faute lourde », *note sous Cass. com.*, 29 juin 2010, n°09-11.841, *P. Aff.*, 2010, n°182, p.6.
- SORDINO, Marie-Christine** : « Spécificités de l'application du principe de proportionnalité des peines en matière économique », *note Cass. com.*, 21 janv. 2014, n°12-29.166, *D.* 2014, p. 531.
- SPECTOR, David** : « En l'absence d'éviction des concurrents, une pratique de couplage n'est pas abusive, même en l'absence de justifications objectives », *note Cons. conc.*, déc. n°06-D-18 du 28 juin 2006, *Concurrences*, n°3-2006, p. 97-98.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe** :
- « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », *note sous Cass. com.*, 15 janv. 2002, n°99-21.172, *D.* 2002, p. 1974.
 - « La porte ouverte par la Cour de cassation au vice de violence économique », *note Cass. civ. 1^{ère}*, 3 avr. 2002, n°00-12-932, *CCE*, 2002, comm. 89.
 - « L'imprévision en question : interrogations sur les conséquences d'un bouleversement de l'économie du contrat par suite d'une évolution imprévue des circonstances », *note sous Cass. civ. 1^{ère}*, 16 mars 2004, n°01-15.804, *CCE*, 2004, comm. 119.
 - *Note Cass. 2^{ème} civ.*, 6 oct. 2005, n°03-20.187, *JCP, G*, 2006, I, 111, *in Chr. « Responsabilité civile »*, spéc. n°16.
 - « Quel domaine utile reste-t-il aux clauses limitatives de réparation ? », *note Cass. com.*, 21 fév. 2007, n°05-17.407, *in « Responsabilité civile »*, *JCP, G*, 2007, I, 185, n°10.
 - « Vers une impossibilité générale de limiter utilement sa responsabilité contractuelle », *Comm. Cass. com.*, 5 juin 2007, n°06-14.832, *CCE*, 2007, comm. 151.
 - « Créancier déloyal dans l'exécution n'en est pas moins créancier », *note Cass. com.*, 10 juil. 2007, n°06-14.768, *D.* 2007, p. 2839.
 - « Eclaircie sur la validité des clauses limitatives de réparation », *note Cass. com.*, 18 déc. 2007, n°04-16.069, *in « Responsabilité civile »*, *JCP, G*, 2008, I, 125, n°13.
 - « Responsabilité civile », spéc. n°11, *note CA Paris*, 25^{ème} ch. A, 26 nov. 2008, *JCP, G*, 2009, I, 123 ; *V. aussi* : « Faurecia 2 : La cour de Paris restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques », *CCE*, 2009, comm. 37.
 - « Faurecia 3 : La Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques », *note sous Cass. com.*, 29 juin 2010, n°09-11.841, *JCP, E*, 2010, 1790 ; *V. aussi* : *CCE*, 2010, comm. 99.
 - « La responsabilité civile peut-elle servir à réduire un prix jugé excessif ? », *note sous CA Paris*, Pôle 5, ch. 4, 19 janv. 2011, n°07/22152 et 24 mars 2011, n°10/02616 *JCP, E*, 2011, 1876.
 - « Exécution du contrat : déloyauté à demander paiement », *note Cass. civ. 3^e*, 21 mars 2012, n°11-14.174, *Dr. et Patr.*, 2013-1, n°221, p. 81-82.
 - « L'abus dans la fixation unilatérale du prix », *note Cass. com.*, 4 nov. 2014, n°11-14.026, *RDC*, n°2/2015, p. 233.

SZAMES, Stéphane : « La violence économique, vice du consentement ? », note sous Cass., civ., 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-15.242, P. Aff., 2000, n°233, p. 18.

TADJUDJE, Willy : « Organismes à but non lucratif et droit de la concurrence », note Cass. com., 14 sept. 2010, n°09-14.322, *in* Chr. « Droit coopératif », dir. D. Hiez, JCP, E, 2011, 1712, spéc. n°8.

TEBOUL, Georges : « La sauvegarde reprend des couleurs : le nouvel arrêt Cœur Défense », note sous Cass. com., 8 mars 2011, pourvois joints n°10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, P. Aff., 14 mars 2011, n°51, p. 6.

TITONE, Thierry, COULON, Frédéric : « Première définition jurisprudentielle de la notion de déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels », note T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n°2009-02295 et 24 janv. 2012, n°2009-02296, RLDA, 5-2012, n°70, p. 36-41.

TORT, Frédéric :

- « La Convention européenne des droits de l'homme au secours de la « transaction GALEC » : la Cour d'appel de Versailles a-t-elle sonné le glas de l'article L. 442-6, III du Code de commerce ? », note CA Versailles, ch. 12, sect. 2, 3 mai 2007, n°05/09223, RDC, 10-2007, n°4, p. 1353.
- « Transaction Galec : le climax éclair de la Cour de cassation », note Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-16.761, RDC, 10-2008, n°4, p. 1373.

VILMART, Christine :

- « Restrictions de concurrence par objet : la cour de Paris invite la Cour de justice à la règle de raison », note CA Paris, 29 oct. 2009, n°08/23812, JCP E, 2009, act. 571.
- « Distribution sélective des produits cosmétiques Pierre Fabre et Internet : la CJUE fait une réponse tautologique », note CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, aff. C-439/09, JCP E, 2011, 1833.
- « La distribution sélective condamnée à la vente en ligne », note CA Paris, 31 janv. 2013, n°08/23812, JCP, E, 2013, 1119.
- « Rupture brutale des relations établies : la Cour de cassation sanctionne la prise en compte d'éléments postérieurs à la rupture », note sous Cass. com., 9 juil. 2013, n°12-20.468, JCP, E, 2013, 1499.
- « Distribution sélective de Pierre Fabre : la Cour de cassation rend un arrêt inopérant », note sous Cass. com., 24 sept. 2013, n°12-14.344, JCP, E, 2013, 1657.

VINEY, Geneviève :

- Note Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n°92-18.227, *in* Chr. « Responsabilité civile », spéc. n°18, JCP, G, 1995, I, 3893.
- « Validité et efficacité des clauses limitant la réparation dans les rapports entre contractants professionnels », note Cass. com., 18 déc. 2007, n°04-16.069, RDC, 2008, p. 287.
- « La responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie », note Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-18.050, RDC, n°3-2009, p. 1048.

VOINOT, Denis : « Nature de la sanction du refus de vente depuis l'intervention de la loi du 1^{er} juillet 1996 », Commentaire sous CA Douai, 2^e ch., 10 sept. 1998, JCP, E, 1999, p. 864.

VIRASSAMY, Georges :

- Note Cass. com., 9 nov. 1987, n°86-13.984, JCP, G, 1989, II, 21186.
- Note Cass. com., 3 nov. 1992, n°90-18.547, JCP G, 1993, II, 22164.

WEILLER, Laura : « Arbitrabilité de la rupture brutale des relations commerciales établies », note Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2015, n°14-25.080, JCP, G, 2015, 1228.

ZOLYNSKI Célia : « L'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce porte-t-il atteinte au principe de légalité des délits et des peines ? », note Cass. com., 15 octobre 2010, n°10-40.039 QPC, Revue l'Essentiel Droit des contrats, 2010, n°11, p.2.

VII. Rapports et communications.

ATTALI, Jacques : Rapport pour la libération de la croissance française, Paris : XO Editions, La Documentation française, 2008, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000041-rapport-de-la-commission-pour-la-liberation-de-la-croissance-francaise-300-decisions>.

CAMDESSUS, Michel : Le sursaut ; vers une nouvelle croissance pour la France, Paris : La documentation française, 2004.

CANIVET, GUY (sous la présidence de) : Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les rapports industrie-commerce, Paris : La Documentation française, coll. des rapports officiels, 2004, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000494/index.shtml>.

CATALA, Pierre : « Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil), Paris : La Documentation française, 2006, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622-rapport-sur-l-avant-projet-de-reforme-du-droit-des-obligations-articles-1101-a-1386-du>

CHARIE, Jean-Paul :

- « Un enjeu de société : vers une concurrence libre et loyale », rapport d'information n°836, 1993.
- « Pour une libre concurrence à dimension humaine : redéfinir les règles de loyauté », Rapport d'information n°2187, 1995.

COMMISSION EUROPEENNE :

- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Think Small First » : Priorité aux PME, un « Small Business Act » pour l'Europe, COM (2008) 394 final, 25 juin 2008.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Une chaîne d'approvisionnement plus performante en Europe, COM (2009) 591 final, 28 octobre 2009.
- Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Exercice de surveillance du commerce et de la distribution, « Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020 », COM (2010) 355 final, 5 juillet 2010.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Réexamen du « Small Business Act » pour l'Europe, COM (2011) 78 final, 23 février 2011.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions : *L'acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance*, « Ensemble pour une nouvelle croissance », COM (2011) 206 final, 13 avril 2011.
- Rapport sur les réponses reçues à la consultation de la Commission européenne sur les pratiques commerciales déloyales entre entreprises, 15 février 2012.
- Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, COM (2013) 37 final, 31 janvier 2013.

CLAUSES ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

- Etude sur le cadre juridique couvrant les pratiques commerciales déloyales entre entreprises dans la chaîne d'approvisionnement de détail, Rapport final de la DG Marché intérieur de la Commission européenne, 26 fév. 2014, DG MARKET 2012/049/CE (document en anglais).
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises » COM(2014) 472 final, 15 juillet 2014.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, COM (2016) 32 final, 29 janv. 2016.

COMMISSION D'EXAMEN DES PRATIQUES COMMERCIALES :

- Rapport annuel d'activité, 2009-2010.
- Rapport annuel d'activité, 2010-2011.
- Rapport annuel d'activité, 2011-2012.
- Rapport annuel d'activité, 2012-2013.
- Rapport annuel d'activité, année 2014.

COUR DE CASSATION :

- Rapport Annuel de la Cour de cassation pour 2009 : *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris : La Documentation française, 2009.

DONNEDIEU DE VABRES, Jean : Rapport du groupe d'experts pour l'élaboration d'un nouveau droit de la concurrence, 1986.

LE DEAUT, Jean-Yves : Rapport d'information sur l'évolution de la distribution, Assemblée Nationale, Commission de la production et des échanges, conclusion des travaux d'une mission d'information présidée par J.-P. Charié, 11 janvier 2000 (disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i2072-1.asp>).

FERRIER, Nicolas (sous la dir. de), **COMMISSION D'EXAMEN DES PRATIQUES COMMERCIALES, DGCCRF ET FACULTE DE DROIT DE MONTPELLIER** : Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, disponibles sur <http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission-0> :

- Bilan des décisions judiciaires pénales (année 2005) et civiles (période 1^{er} janvier 2004 au 1^{er} semestre 2006) ;
- Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} juillet 2006 au 31 décembre 2007) ;
- Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2008) ;
- Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009) ;
- Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2010) ;
- Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2011) ;
- Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2012).
- Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2013).
- Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2014).

HAGELSTEEN, Marie-Dominique (sous la présidence de) : La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, rapport remis au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et au secrétaire d'état chargé de la consommation, Paris : XO Editions, Ministère de l'économie, des

BIBLIOGRAPHIE

finances et de l'emploi, 2008, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000079/index.shtml>.

MAZEAUD, Denis : Publication des contributions françaises à la consultation relative au Livre Vert de la Commission européenne « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », RDC, 2011, n°3, p.1027. Contributions de LEQUETTE, Yves, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, GENICON, Thomas, HUET, Jérôme, et des barreaux français.

PARLEMENT EUROPEEN :

- Un marché intérieur plus efficace et plus équitable, Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2011 sur un marché de commerce de détail plus efficace et plus équitable (2010/2109(INI)).
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final, 11 octobre 2011.
- Projet de rapport du Parlement européen sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, (2015/2065 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, 6 juil. 2015.

REY, Patrick, TIROLE, Jean : Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, rapport, Conseil d'analyse économique, Paris : La documentation française, 2000.

ROBERT, Jean-Jacques : Rapport d'information sur l'avenir de l'urbanisme commercial, commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale, juin 1993.

VAUTRIN, Catherine, GAUBERT, Jean : Rapport d'information de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale sur la mise en application de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, 6 avril 2011.

VILAIN, Claude : Rapport sur les relations entre l'industrie et la grande distribution, Ministère de l'économie, 1995.

VIII. Sites internet.

Assemblée Nationale : www.assemblée-nationale.fr

Blog Dalloz : Réforme du droit des obligations : <http://reform-obligations.dalloz.fr>

Commission d'examen des pratiques commerciales : www.economie.gouv.fr/cepc

Commission européenne : www.ec.europa.eu

Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr

Cour de Justice de l'Union Européenne : www.curia.europa.eu

Cour de cassation : www.courdecassation.fr

Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes : www.economie.gouv.fr/dgccrf

La documentation française : www.ladocumentationfrancaise.fr

Legifrance : www.legifrance.gouv.fr

Parlement européen : www.europarl.europa.eu.

Sénat : www.sénat.fr

INDEX ALPHABETIQUE.

Les numéros renvoient aux paragraphes

-A-

Abus :

- Dans le contrat : 89 ; 467.
- Dans la détermination du prix : 90 et s.
- De dépendance économique : 132 ; 189 et s. ; 207 et s. ; 467.
- De l'état de dépendance : 93 ; 141 ; 475.
- Notion : 87 et s.

Accessoire (théorie de l') : 280.

Acte juridique :

- Notion : 42.
- Distinction avec le fait juridique : 41 et s. ; 241 et s.

Action en justice (en matière de pratiques restrictives de concurrence) :

- Des associations de consommateurs : 377.
- Des concurrents : 375.
- Des organisations professionnelles : 376.
- Du ministère public : 336 ; 372 et s. ; 577.
- Du Ministre chargé de l'économie : 336 ; 370 et s. ; 411 ; 577.
- Du Président de l'Autorité de la concurrence : 369 et s.

Amende :

- Administrative : 159 ; 381 et s. ; 390.
- Civile : 389.
- Pénale : 391.

Apparence : 284.

Autorité de la concurrence : 347 ; 369.

-B-

Bonne foi : 96 ; 470 ; 473.

Bonne pratique : 13 ; 100 ; 138 ; 155 ; 272 ; 350 ; 358 ; 364 ; 514.

-C-

Cessation de l'illicite : 336 ; 393.

Changement de circonstances :

- Clause relative à : 484.
- Consécration législative : 483 et s.
- Et bonne foi : 98 ; 298.
- Et déséquilibre significatif : 289 et s.
- Généralités : 295 et s.

Clause :

- Assimilation à une pratique : 131 ; 134 ; 168 et s. ; 176 et s. ; 462.
- Définition : 3 et s.
- Distinction avec une pratique : 44 et s. ; 120 ; 124.
- Requalification en pratique : 278 et s. ; 282 et s. ; 358 et s.

Clause abusive : 67 et s. ; 202 ; 210 et s. ; 216 ; 452 ; 477.

Clause assimilée à une pratique anticoncurrentielle :

- A un abus de domination : 134 ; 407.
- A une entente : 129 ; 407.

Clause attributive de compétence : 340.

Clause compromissoire : 50 ; 341.

Clause de hardship : v. : clause de renégociation.

Clause de non-garantie des vices cachés : 51.

Clause de non-concurrence : 63 ; 408.

Clause de non-réaffiliation : 63 ; 129.

Clause de non-rétablissement : 63 ; 130.

Clause de renégociation : 291 ; 301 ; 382 ; 421 ; 484.

Clause limitative de responsabilité : 59 et s. ; 339.

Clause pénale : 49.

Clause privant l'obligation essentielle de sa substance : 138 ; 480.

Clause résolutoire : 56 et s.

Commission d'examen des pratiques commerciales : 155 ; 350 et s. ; 547.

Commission des clauses abusives : 360 et s.

Compétences de l'Union européenne : 21 ; 510 et s.

Concurrence déloyale :

- Actes de : 77.
- Distinction avec les pratiques restrictives de concurrence : 439 et s.
- Notion : 75.
- Situation de concurrence : 79.
- Règles européennes : 82 et s.
- Responsabilité : 319.

Contrat : 3 ; 30 ; 31 ; 41 ; 44 ; 53 ; 85 et s. ; 136 et s. ; 246 et s. ; 269 et s. ; 337 et s. ; 460 et s. ; 473 et s. ; 492 ; 494 et s.

Contrat d'adhésion : 70 ; 139 ; 478 et s.

-D-

Délais de paiement : 174 ; 381.

Déloyauté : V. : loyauté.

Dépendance économique : 189 ; 197 ; 419 ; 428.

Déséquilibre significatif : 66 et s. ; 139 ; 157 ; 172 ; 178 ; 203 et s. ; 290 et s. ; 430 ; 477 et s.

Devoir de coopération : 101 et s.

Devoir de loyauté : 103 et s.

Directive européenne : 518 et s. ; 554 et s.

Discrimination : 150 ; 535.

Dommmages et intérêts punitifs : 327 et s.

Droit commun : 443 ; 459 et s. ; 491 et s.

Droit de la concurrence :

- Conception extensive : 19 ; 500 et s.
- Conception restrictive : 18.

Droit spécial : 444 ; 489 ; 591 et s.

-E-

Entente : 128.

Entreprise : 224 ; 526.

Equilibre contractuel : 107 ; 199 ; 464.

-F-

Fait juridique :

- Dans un acte juridique : 245 et s.
- Définition : 42.
- Distinction avec l'acte juridique : 41 et s. ; 241 et s.
- Licite ou illicite : 272.

Faute : 321 et s.

Fixation du prix : V. : Abus dans la détermination du prix.

-I-

Imposition d'un prix minimal de revente : 542.

Imprévision : V. : Changement de circonstances.

-L-

Lésion : 220 ; 464.

Lien de causalité : 229 et s.

Loyauté : 103 ; 142 ; 162 ; 199 ; 435 et s. ; 438 et s. ; 469 ; 528 et s.

-M-

Marché : 18 ; 440 ; 489 ; 501.

-N-

Non-professionnel : 417 ; 497.

Nullité : 343 ; 383 ; 387 ; 479.

-O-

Objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence :

- Généralités : 19 ; 161 et s. ; 404 et s. ; 435 et s. ; 440.
- Loyauté entre contractants professionnels : 442 et s.
- Protection des professionnels : 163 ; 413 et s.
- Protection du marché : 399 et s.

Obligations consécutives des contrats : 253.

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 : 48 ; 58 ; 62 ; 91 ; 93 ; 98 ; 138 et s. ; 198 ; 243 ; 199 ; 419 ; 445 ; 472 et s.

-P-

Partie faible : 189 ; 428 ; 464.

Petit professionnel : 163 ; 428.

Pratique :

- Assimilation à une clause : 131 ; 134 ; 168 et s. ; 176 et s. ;
- Distinction avec une clause : 44 et s. ; 120 ; 124.
- Notion : 9 et s. ; 15 ; 72 et s. ; 112 ; 114 ; 123.
- Requalification d'une clause en : 282 et s. ; 358 et s.

Pratique abusive : 29 ; 561.

Pratique anticoncurrentielle : 127 et s. ; 347 ; 369 ; 401.

Pratique commerciale : 527 ; 558.

Pratique commerciale déloyale :

- Distinction entre ces pratiques entre professionnels et consommateurs et ces pratiques entre professionnels : 447 et s. ; 497.
- Entre professionnels : 19 ; 80 ; 437 et s. ; 490 et s. ; 506 et s. ; 524 et s. ; 546.
- Entre professionnels et consommateurs : 116 et s. ; 377 ; 446 et s.
- Possibilité d'unification de la notion : 450 et s. ; 587.
- Pratique commerciale agressive : 118.
- Pratique commerciale trompeuse : 117.
- Règlementation européenne de ces pratiques entre professionnels : 272 ; 438 ; 511 et s.

Pratiques restrictives de concurrence :

- A l'occasion d'un contrat : 273 et s.
- Distinction avec une pratique anticoncurrentielle : 17 et s. ; 21.
- Doctrine : 18 ; 22 ; 26.
- Esprit : 535 et s.
- Evolution : 24 et s. ; 150 et s. ; 457 et s. ; 534 et s. ; 540 et s.
- Généralités : 147 ; 269.
- Notion : 22 et s. ; 271 ; 381.
- Ordre public : 23 ; 371.
- Rapports : 27.
- Sanction de ces pratiques en droit comparé : 434.

Préjudice : 324 et s. ; 335 ; 388.

Prix illicites : 24 ; 150 ; 535.

Professionnel : 225 ; 415 ; 521 ; 526.

-R-

Renégociation : 291 ; 483.

Réputé non écrit : 53 ; 60 ; 71 ; 139 ; 343 ; 477 ; 480 ; 549.

Responsabilité contractuelle : 315.

Responsabilité délictuelle : 76 ; 265 ; 311 et s.

Revente à perte : 150 ; 171 ; 541.

Rupture brutale d'une relation commerciale établie : 172.

-S-

Sanctions pouvant être demandées par le Ministre chargé de l'économie ou le ministère public : 370 ; 386 et s. ; 544.

Solidarisme contractuel : 100 et s.

-T-

Transparence : 175 ; 380.

-U-

Unilatéralisme : 254 ; 461 et s.

Usage déloyal d'une prérogative contractuelle : 142 ; 470.

-V-

Violence économique : 198 et s. ; 465.

TABLE DES MATIERES.

Remerciements.....	5
Liste des principales abréviations.	7
Règles de citation.	10
Sommaire.....	13
Avertissement.....	15
Introduction.	17
I. Droit des contrats et pratiques restrictives de concurrence	18
A. La notion de « clause ».	18
B. La notion de « pratique ».	23
C. La pratique restrictive de concurrence.	31
1. La distinction entre pratique restrictive de concurrence et pratique anticoncurrentielle.	31
2. La notion de pratique restrictive de concurrence.	40
II. L'évolution du droit des pratiques restrictives de concurrence : vers un contrôle du contenu des contrats.	44
III. Les clauses des contrats conclus entre professionnels, possibles pratiques restrictives de concurrence.....	53
 PREMIERE PARTIE : LA QUALIFICATION D'UNE CLAUSE EN PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE.	
61	
 TITRE 1^{ER} : CLAUSES ET PRATIQUES, ENTRE DISTINCTION ET ASSIMILATION.....	
63	
 Chapitre 1^{er} : La distinction des clauses et des pratiques.	
65	
Section Préliminaire : La distinction entre actes juridiques et faits juridiques.....	65
§1 : La <i>summa divisio</i> des sources du droit des obligations.	65
§2 : La distinction entre clauses et pratiques à travers le prisme de la <i>summa divisio</i> du droit privé.	71
Section 1 : Les clauses, parties de l'acte juridique.	73
§1 : Les clauses saisies par le droit commun.	73
A. Les clauses saisies par la loi.....	73
B. Les clauses saisies par la jurisprudence.	78
1. La clause résolutoire et la clause limitative de responsabilité ou de réparation.	78
a. La clause résolutoire.	78
b. Les clauses limitatives de responsabilité et de réparation.	81
2. La clause restrictive de liberté post-contractuelle.....	86
§2 : Les clauses saisies par le droit de la consommation.	89

Section 2 : Les pratiques, faits juridiques.....	95
§1 : Les pratiques saisies par le droit commun.....	95
A. Les pratiques saisies par le droit de la responsabilité civile délictuelle.....	95
1. La construction jurisprudentielle de la concurrence déloyale.....	96
2. La possibilité d'une acception plus large de la concurrence déloyale.....	99
a. Evolution de la notion de concurrence déloyale.....	100
b. Evolution de la réglementation sur la concurrence déloyale.....	105
B. Les pratiques saisies par le droit des contrats.....	109
1. La contribution de l'abus à la sanction des pratiques par le droit des contrats.....	109
a. La notion d'abus en droit des contrats.....	110
b. L'abus dans la détermination du prix.....	114
c. L'abus de l'état de dépendance.....	117
2. La contribution de la bonne foi à la sanction des pratiques par le droit des contrats.....	119
a. La notion de bonne foi dans l'exécution du contrat.....	119
b. L'apport des constructions doctrinales relatives à la bonne foi dans la lutte contre les pratiques.....	124
α. Le devoir de coopération.....	124
β. Le devoir de loyauté.....	133
3. La contribution de l'équilibre contractuel et de la proportionnalité à la sanction des pratiques par le droit des contrats.....	138
a. L'équilibre contractuel.....	138
b. La proportionnalité contractuelle.....	142
§2 : Les pratiques saisies par le droit de la consommation.....	144
A. Le traitement des pratiques par le droit de la consommation.....	145
1. Les pratiques commerciales réglementées.....	145
2. Les pratiques commerciales déloyales.....	147
B. La distinction des clauses et des pratiques en droit de la consommation.....	151
Chapitre 2 : L'assimilation de clauses à des pratiques.....	157
Section 1 : L'assimilation incidente de clauses à des pratiques.....	157
§1 : L'assimilation de clauses à des pratiques en droit des pratiques anticoncurrentielles.....	157
A. L'assimilation de clauses à une entente.....	158
B. L'assimilation de clauses à un abus de domination.....	164
§2 : L'assimilation de clauses à des pratiques en droit des contrats.....	169
A. La pratique atteinte par la sanction d'une clause ou d'un contrat.....	170
B. La clause ou le contrat atteint par la sanction d'une pratique.....	172
1. La clause ou le contrat non atteints par la sanction d'une pratique avant la réforme de 2016. 172	
2. La clause ou le contrat atteints par la sanction d'une pratique après la réforme de 2016.....	173

TABLE DES MATIERES

Section 2 : La consécration de l'assimilation des clauses à des pratiques en droit des pratiques restrictives de concurrence.	175
§1 : L'assimilation de clauses à des pratiques dans l'esprit du droit des pratiques restrictives de concurrence.....	176
A. La richesse du droit des pratiques restrictives de concurrence.	176
1. Les pratiques assimilées à la pratique de prix illicites avant 1986.	176
2. Les pratiques restrictives de concurrence après 1986.....	179
a. Les pratiques restrictives de concurrence dans l'ordonnance de 1986.	179
b. Le droit des pratiques restrictives de concurrence postérieur à l'ordonnance de 1986.....	181
B. Les objectifs du droit des pratiques restrictives de concurrence.	188
§2 : L'assimilation de clauses à des pratiques dans la lettre du droit des pratiques restrictives de concurrence.....	194
A. La lettre du droit des pratiques restrictives de concurrence.	194
1. Le droit des pratiques restrictives de concurrence <i>stricto sensu</i>	194
2. Le droit des pratiques restrictives de concurrence <i>lato sensu</i>	197
B. Le dépassement de la distinction entre les clauses et les pratiques par le droit des pratiques restrictives de concurrence.	200
1. Les clauses sanctionnées par l'article L. 442-6 du Code de commerce.	200
2. Les clauses sanctionnées par d'autres dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence.	203
 TITRE 2 : LA RECHERCHE DU CRITERE DE QUALIFICATION D'UNE CLAUSE EN PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE.	
209	
 Chapitre 1 : Le dépassement du critère de la dépendance économique.....	
211	
Section 1 : Le critère de la dépendance économique.....	211
§1 : L'échec du critère de l'abus de dépendance économique dans la qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause.	212
A. La pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique.	212
B. L'inadaptation du critère de l'abus de dépendance économique.....	217
§2 : L'échec du critère de la dépendance économique dans la qualification de pratique restrictive de concurrence d'une clause.	220
A. La dépendance économique en droit commun.	220
B. L'inadaptation du critère de la dépendance économique.	224
Section 2 : Le critère du déséquilibre significatif.....	225
§1 : La pratique restrictive de concurrence de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.	226
A. La définition du déséquilibre significatif entre professionnels.	227
1. L'identité avec le critère de qualification des clauses abusives consuméristes.	227
a. L'identité de filiation.	227

CLAUSES ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

b. L'identité terminologique.....	232
2. La distinction entre le déséquilibre significatif entre professionnels et entre professionnels et consommateurs.....	239
a. Les limites de l'identité terminologique.....	239
b. Deux dispositions aux contenus différents.....	243
B. Le champ d'application du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.....	245
1. Les conditions d'application quant aux personnes.....	245
2. Les conditions d'application quant aux situations.....	251
§2 : L'échec du déséquilibre significatif comme critère de qualification des clauses en pratique restrictive de concurrence.....	256
A. L'intérêt du critère du déséquilibre significatif.....	256
B. L'inadaptation du critère du déséquilibre significatif.....	258
Chapitre 2 : Le critère du fait juridique dans l'acte juridique.....	265
Section 1 : Le fait juridique dans l'acte juridique.....	265
§1 : La place du fait juridique dans l'acte juridique.....	265
A. La place résiduelle du fait juridique dans l'acte juridique.....	266
B. L'essor du fait juridique au sein de l'acte juridique.....	269
1. La relation entre deux parties comme un entremêlement d'actes et de faits juridiques.....	270
a. La présence de faits dans une relation basée sur un acte juridique.....	270
b. Un entremêlement d'actes et de faits juridiques.....	274
2. Les faits juridiques saisis au sein des actes juridiques par la loi.....	280
a. Les faits juridiques saisis au sein des actes juridiques par les droits spéciaux.....	280
b. Les faits juridiques saisis au sein des actes juridiques par le droit commun.....	290
§2 : La pratique restrictive de concurrence à l'occasion d'un contrat comme un fait juridique..	293
A. L'appréhension de faits juridiques à l'occasion d'un contrat par les pratiques restrictives de concurrence.....	294
1. Le caractère de « mauvais fait juridique » de la pratique restrictive de concurrence.....	294
2. L'appréhension de faits juridiques à l'occasion de contrats par les pratiques restrictives de concurrence.....	298
B. La requalification de clauses contractuelles en pratiques restrictives de concurrence.....	302
Section 2 : Le passage de l'acte juridique au fait juridique.....	307
§1 : La requalification d'une clause en pratique restrictive de concurrence lors de la conclusion du contrat.....	307
A. La pratique restrictive de concurrence sous l'apparence d'une clause contractuelle.....	307
B. Les effets de la qualification sur l'acte juridique.....	311
§2 : La requalification d'une clause devenue pratique restrictive de concurrence en cours d'exécution du contrat.....	312
A. La clause contractuelle requalifiée en pratique restrictive de concurrence.....	312

TABLE DES MATIERES

1. L'appréhension du changement de circonstances par la pratique restrictive de concurrence de soumission à un déséquilibre significatif.	313
2. La substitution du droit des pratiques restrictives de concurrence aux clauses de renégociation.	316
B. L'effet de la requalification d'une clause en pratique restrictive de concurrence en cours d'exécution du contrat : la prise en compte de l'imprévision.	320
1. La prise en compte de l'imprévision en droit commun.	320
2. La consécration précédente de la prise en compte de l'imprévision en droit des pratiques restrictives de concurrence.	327
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	333
DEUXIEME PARTIE : LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.....	337
TITRE 1^{ER} : L'AMBIVALENCE DE LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.	339
Chapitre 1^{er} : Le régime des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence comme reflet de l'ambivalence du droit des pratiques restrictives de concurrence. .	341
Section 1 : L'application du régime de la concurrence déloyale.....	341
§1 : La mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur de la pratique.	341
A. La nature délictuelle de la responsabilité.	342
1. La responsabilité délictuelle malgré le rapport contractuel.	342
a. La distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.	342
b. La place de la responsabilité délictuelle dans le rapport contractuel.	347
2. Une responsabilité identique à celle encourue en cas de concurrence déloyale.	349
B. Les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité.....	350
1. La faute.....	351
2. Le préjudice.....	353
a. L'établissement du préjudice.....	353
b. Les tempéraments du droit de la concurrence déloyale et du droit des pratiques restrictives de concurrence à l'établissement du préjudice.....	356
3. Le lien de causalité.	360
§2 : Les effets de la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur de la pratique.	362
A. Les effets de la responsabilité délictuelle.....	363
B. La prise en compte du contrat contenant la clause qualifiée de pratique restrictive de concurrence.....	366
1. Le contrat préexistant.	366
2. Le contrat subsistant.	371

Section 2 : L'application du régime des pratiques anticoncurrentielles.	374
§1 : Les acteurs de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.	375
A. La méthode préventive.	376
1. La commission d'examen des pratiques commerciales.	376
a. La création de la Commission d'examen des pratiques commerciales.	377
b. La compétence de la Commission d'examen des pratiques commerciales.	380
c. La procédure devant la Commission d'examen des pratiques commerciales.	382
2. Le rôle de la commission d'examen des pratiques commerciales en matière de clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.	385
a. La caractérisation de pratiques restrictives de concurrence mises en œuvre par des clauses par la CEPC.	386
α : La distinction entre la CEPC et la Commission des clauses abusives.	386
β : Les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence par la CEPC.	388
b. L'incitation à la stipulation de clauses par la CEPC comme une bonne pratique.	391
B. La méthode curative.	394
1. Les actions mises en œuvre par l'autorité publique.	395
a. L'action du Président de l'Autorité de la concurrence.	395
b. L'action du ministre chargé de l'économie.	396
c. L'action du ministère public.	401
2. Les actions mises en œuvre par une personne privée.	403
§2 : La répression des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.	413
A. Les sanctions spécifiques pouvant être demandées par le ministre chargé de l'économie et le ministère public.	414
B. Les sanctions complémentaires et les mesures préventives pouvant être prononcées par la juridiction.	419

Chapitre 2 : Le résultat de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence comme reflet de l'ambivalence du droit des pratiques restrictives de concurrence. 425

Section 1 : L'hésitation de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence entre protection du marché et protection des professionnels.	425
§1 : La contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et l'objectif de protection du marché.	426
A. Protection du marché et pratiques restrictives de concurrence.	426
1. L'objectif de protection du marché en droit de la concurrence.	426
2. La traduction de l'objectif de protection du marché en droit des pratiques restrictives de concurrence.	428
B. Clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et protection du marché.	431

TABLE DES MATIERES

1. L'objectif de protection du marché dans la contestation des clauses qualifiées de pratiques anticoncurrentielles.	432
2. L'absence d'objectif de protection du marché dans la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.....	434
§2 : La contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et l'objectif de protection des professionnels.....	437
A. Pratiques restrictives de concurrence et protection des professionnels.	438
1. Emergence de l'objectif de protection des professionnels.	438
2. La place du droit des pratiques restrictives de concurrence dans la protection des professionnels.....	446
B. Clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et protection des professionnels...	449
1. Les professionnels destinataires de la protection issue de la qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence.....	450
2. Les professionnels protégés par la qualification de clauses en pratiques restrictives de concurrence.	452
Section 2 : Le triomphe de la lutte contre la déloyauté dans la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.	458
§1 : Les pratiques restrictives de concurrence, garantes de la loyauté entre professionnels.	459
A. La place de la loyauté dans la lutte européenne contre les pratiques restrictives de concurrence.	459
B. La spécificité des pratiques restrictives de concurrence par rapport à la concurrence déloyale.	464
§2 : La loyauté entre contractants professionnels, objectif de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.	470
A. La complémentarité à la loyauté du droit commun.	471
B. L'identité mesurée avec la loyauté du droit de la consommation.	475
1. Les obstacles à la qualification de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	476
2. La levée des obstacles à la qualification de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.....	478

TITRE 2 : LA SORTIE DE L'AMBIVALENCE DE LA CONTESTATION DES CLAUSES QUALIFIEES DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE PAR UNE MEILLEURE INTEGRATION

LEGISLATIVE. 491

Chapitre 1 : Les conditions d'une meilleure intégration législative. 495

Section 1 : Les difficultés d'une intégration en droit commun. 496

§1 : L'intégration en droit commun avant la réforme de 2016. 497

A. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun comme contrepoids à l'unilatéralisme. 497

1. Les clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence et l'unilatéralisme dans les contrats. 498

CLAUSES ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

2. L'application des remèdes à l'unilatéralisme aux clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.....	499
B. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun sur le fondement de la loyauté.....	507
§2 : L'intégration en droit commun après la réforme de 2016.	511
A. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun par les innovations de la réforme de 2016.....	511
1. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence au stade de la conclusion du contrat.....	512
a. La consécration de l'abus de dépendance en droit commun.....	512
b. La consécration des clauses abusives en droit commun.....	516
c. La consécration de la sanction des clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat.....	522
2. L'intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence au stade de l'exécution du contrat.....	525
B. La non-intégration de la contestation des clauses qualifiées de pratiques restrictives de concurrence en droit commun après la réforme de 2016.....	529
Section 2 : La possibilité d'une meilleure intégration en droit spécial : la consécration du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.....	532
§1 : La spécificité du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit des contrats.....	533
A. La spécificité du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels par rapport au droit commun des contrats.....	533
B. La spécificité des pratiques commerciales déloyales entre professionnels par rapport aux droits spéciaux des contrats.....	540
§2 : La spécificité du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit de la concurrence.....	544
A. La place des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein du droit de la concurrence.....	544
B. La spécificité des pratiques commerciales déloyales entre professionnels par rapport aux autres branches du droit de la concurrence.....	549
Chapitre 2 : Les modalités d'une meilleure intégration législative.....	555
Section 1 : Le mécanisme de la meilleure intégration législative.....	556
§1 : Le passage par une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.....	557
A. Le choix d'une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.....	559
1. La compétence de l'Union européenne pour agir en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.....	560

TABLE DES MATIERES

a. Le domaine de compétence de l'Union européenne pour intervenir en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	560
b. La compétence partagée « marché intérieur » de l'Union pour intervenir en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	564
2. La forme de l'action de l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales.	569
B. L'étendue de la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	573
1. Le domaine de la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	573
2. L'objet de la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	579
a. Les définitions.	580
b. Les pratiques commerciales déloyales.	587
c. Les sanctions.	589
§2 : La transposition de la directive en droit interne.	591
A. La modification de l'esprit de l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence lors de la transformation en droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	593
B. Les modifications de la lettre de l'actuel droit des pratiques restrictives de concurrence pour le transformer en droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	597
1. Le sort des dispositions actuelles à l'issue de la transformation du droit des pratiques restrictives de concurrence en droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	597
a. La disparition de deux pratiques restrictives de concurrence.	598
b. Le maintien des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du Code de commerce.	601
2. La création de dispositions nouvelles à l'issue de la transformation du droit des pratiques restrictives de concurrence en droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	603
a. Les dispositions nouvelles issues de la transposition.	604
b. Les dispositions nouvelles non-issues de la transposition.	607
Section 2 : Le contenu d'une meilleure intégration législative.	615
§1 : Le contenu de la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	615
A. Dispositions générales.	616
1. L'objectif de la directive.	616
2. Les définitions de la directive.	617
3. Le champ d'application de la directive.	618
B. Pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	619
C. Dispositions finales.	620
§2 : Le contenu de la loi de transposition interne relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels.	622

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	631
CONCLUSION GENERALE.	635
Bibliographie.....	641
I. Dictionnaires juridiques.....	641
II. Ouvrages généraux et spéciaux.	641
III. Monographies et thèses.	647
IV. Colloques, congrès et travaux d'associations.	652
V. Etudes, articles et chroniques.	654
VI. Notes, commentaires et observations sous jurisprudence.....	679
VII. Rapports et communications.	711
VIII. Sites internet.	713
Index alphabétique.	715
Table des matières.	719

RESUME EN FRANÇAIS :

Traditionnellement, le droit prend soin de distinguer entre les clauses, parties d'un acte juridique, et les pratiques qui sont des faits juridiques. Pourtant, le droit des pratiques restrictives de concurrence semble réaliser une assimilation de ces deux notions, en qualifiant de pratiques restrictives de concurrence certaines clauses. L'étude analyse cette qualification d'une clause en pratique en proposant un critère et en s'interrogeant sur ses effets : la possible contestation de clauses sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence. En invitant à une réflexion sur cet aspect du droit des pratiques restrictives de concurrence, il s'agit également de s'interroger sur les finalités de cette matière, autant que sur la possibilité d'une meilleure intégration de la contestation de clauses dans un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels en construction.

MOTS CLES :

Pratiques restrictives de concurrence – Pratiques commerciales déloyales – Concurrence – Clauses – Contrats – Relations contractuelles – Professionnels – Déséquilibre significatif – Droit de la concurrence – Droit des contrats – Droit européen.

RESUME EN ANGLAIS :

Generally, the law is careful to distinguish between the clauses, part of a legal act, and practices, that are legal facts. Yet, the law about restrictive competition practices seems to realise an assimilation of these two concepts, and provide the classification of a clause in restrictive competitive practice. The study analyses the classification of a clause into practice by proposing a criterion and pondering its effects: possible challenge clauses on the bases of the right of restrictive practices. By inviting a reflection on this aspect of the law of restrictive practices, it is also to question the aims of this particular law, as well as on the possibility of a better integration of the challenge clauses in a law about unfair trade practices between professionals in construction.

KEYWORDS :

Restrictive competition practices – Unfair commercial practices – Competition – Clauses – Contracts – Contractual relationships – Professionals – Significant imbalance – Competition law – Contracts law – European law.

DISCIPLINE : Droit privé / Private law.

Unité de recherche / Research unit : Centre de Recherche Droits et Perspectives du droit, EA n°4487, Campus Moulins, 1, Place Déliot, CS n°10 629, 59 024 LILLE Cedex, crdp@univ-lille2.fr, <http://crdp.univ-lille2.fr>.

Ecole doctorale / Doctoral school : Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion n°74, 1, Place Déliot, 59 000 LILLE, <http://edoctrale74.univ-lille2.fr>

Université / University : Université Lille 2 – Droit et Santé, 42, rue Paul Duez, 59 000 LILLE, <http://www.univ-lille2.fr>