



HAL
open science

De la contrainte économique : Essai d'une théorie générale de la contrainte économique en droit économique

Arooj Zafar

► **To cite this version:**

Arooj Zafar. De la contrainte économique : Essai d'une théorie générale de la contrainte économique en droit économique. Droit. Université Montpellier, 2018. Français. NNT : 2018MONTD044 . tel-03366147

HAL Id: tel-03366147

<https://theses.hal.science/tel-03366147v1>

Submitted on 5 Oct 2021

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.

**THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR
DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER**

École doctorale de Droit privé et Sciences criminelles

UMR 5815 « Dynamiques du Droit »

DE LA CONTRAINTE ECONOMIQUE
**Essai d'une théorie générale de la contrainte économique
en droit économique**

**Présentée par Arooj ZAFAR
Le 14 septembre 2018**

Sous la direction de Monsieur Malo DEPINCE

Devant le jury composé de

Monsieur Daniel MAINGUY, Professeur à l'Université de Montpellier

Président du jury

Madame Anne DANIS-FATOME, Professeure à l'Université de Bretagne Occidentale

Rapporteur

Monsieur Denis MOURALIS, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Rapporteur

Monsieur Malo DEPINCE, Maître de conférences à l'Université de Montpellier

Directeur de thèse



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette these ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

**A celle qui m'a portée et qui me porte encore aujourd'hui,
A ma mère, Khurshid Begum, partie tôt, trop tôt,
Je te dédie mon passé, mon présent et surtout mon avenir.**

« Amours de nos mères, à nul autre pareil ».

Albert Cohen, Le livre de ma mère

Remerciements

Je tiens à adresser tous mes remerciements à :

Monsieur Malo DEPINCE, directeur de thèse, pour la bienveillance dont il a fait preuve dans la direction de mes travaux ainsi que pour sa disponibilité, tout en m'offrant la liberté et l'indépendance intellectuelles si nécessaires à tous travaux de recherche.

Aux membres du jury, Les professeurs Monsieur Daniel MAINGUY, Madame Anne DANIS-FATOME et Monsieur Denis MOURALIS pour avoir accepté de siéger dans le jury, pour l'intérêt manifesté et le temps consacré à mes travaux et pour faire vivre, le temps d'un instant, ce sujet en le plaçant au cœur d'un débat.

A Madame Sophie SEGUI, responsable administrative de l'Ecole doctorale et Madame Iwona BROUSSE, gestionnaire de l'Ecole doctorale, pour leur soutien et leur accompagnement tout au long de mon doctorat et notamment lors de l'inscription, véritable parcours du combattant.

Sans oublier les autres doctorants qui se sont montrés présents, tout au long de mes recherches, pour partager leurs riches conseils ainsi que toutes les personnes qui ont su m'apporter leur soutien dans l'élaboration de mes travaux.

Je tiens à remercier affectueusement ma famille et mes amis et particulièrement :

Julie, un « binôme » hors pair, comme il n'en existe plus, pour son soutien sans faille ; pour son amitié, vraie, pure, sans concessions ; pour sa personnalité solaire et son caractère toujours positif ; pour m'avoir rappelé la nécessité et la beauté des choses simples mais fondamentales ; pour affirmer et même revendiquer son authenticité dans un monde d'uniformisme absolu.

Mon beau-frère, Mazhar pour être venu resserrer les rangs et pour le bonheur que tu as apporté.

Mes cousines, Ghufrana, Asma, Yassera et à mon cousin, Waqas, pour leur affection sororale et fraternelle ; pour leur soutien tout au long de cette thèse ; pour leur bonne humeur et surtout leur humour qui ont permis de rendre plus acceptable et plus doux ce chemin de croix.

Mon oncle, Sarfraz KHAN, pour m'avoir enseigné très tôt la valeur du travail ; la nécessité de la rigueur, de l'ambition, du dépassement de soi ; la force de bâtir soi-même ce que la vie ne daigne pas offrir ; le refus de la fatalité et le rejet de toute attitude victimaire ; pour m'avoir transmis le goût du combat, du combat pour soi, du combat avec soi, du combat contre soi ; pour son intransigeance dans la réussite.

Mes nièces, Sakina et Ambrine, pour tout le bonheur que vous avez apporté ; pour votre douceur et votre innocence ; pour rendre chaque jour un peu plus beau ; pour nous avoir rendu un peu de cet amour inconditionnel que la vie nous avait arraché.

Mes sœurs, Samrana, Samiya et Iram, le « noyau dur », les mots manquent et ils sont bien trop fades et dérisoires pour exprimer correctement et fidèlement mes sentiments.

Aussi, je tiens à remercier tendrement, Samrana et Samiya pour m'avoir élevée et pour m'accompagner encore aujourd'hui dans la vie. Et Iram, pour m'avoir appris l'inquiétude mais également la fierté d'être une grande sœur ; pour m'avoir appris à ne pas juste recevoir mais aussi à donner ; à ne pas juste être observée avec bienveillance mais également à poser à mon tour un regard affectueux.

Mon père, Olivier ZAFAR, pour son amour, pour son soutien infaillible, pour sa fierté ; pour aimer le beau comme le laid de mon être, pour m'avoir appris à être fière de ce que je suis, à garder la tête haute face aux injures, à tenir en équilibre entre deux mondes si différents ; pour m'avoir appris que ma différence participe de la beauté de la vie ; pour m'avoir toujours poussé à penser, à me forger, à me renforcer, à affronter, à ne pas reculer ; pour son intransigeance dans le travail et pour l'indépendance intellectuelle qu'il a toujours encouragée ; et pour avoir toujours été là pour les siens, depuis toujours et encore aujourd'hui.

« C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

MONTESQUIEU (Charles-Louis DE SECONDAT), *De l'esprit des lois*.

SOMMAIRE

ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	9
TITRE I. LA NÉCESSITÉ DE PRENDRE EN COMPTE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE.....	20
TITRE II. LA TENTATIVE D'UN TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT.....	28
TITRE III. L'ÉCHEC DE LA RÉCEPTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT.....	51
PARTIE I. LA NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE : UNE NOTION DÉPOURVUE D'IDENTITÉ	73
TITRE I. L'ÉVOLUTION FRAGMENTÉE DE LA NOTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE	76
<i>Chapitre I. L'évolution fastidieuse de la notion de contrainte économique dans le droit civil</i>	78
<i>Chapitre II. L'évolution compliquée de la notion de contrainte économique dans les droits spéciaux</i>	176
TITRE II. LA RECHERCHE D'UN RÉGIME COMMUN À LA NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE	288
<i>Chapitre I. L'absence d'un régime commun à la notion de contrainte économique</i>	290
<i>Chapitre II. L'absence d'une définition de la notion de contrainte économique</i>	396
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	437
PARTIE II. LE RÉGIME DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE : UN RÉGIME INOPÉRANT 449	
TITRE I. UNE RÉCEPTION MANQUÉE DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT.....	451
<i>Chapitre I. Un traitement incohérent et inefficace de la contrainte économique par le droit positif</i>	453
<i>Chapitre II. Un traitement malheureux de la contrainte économique par le droit progressif</i>	572
TITRE II. DES REMÈDES RECOMMANDÉS POUR UN TRAITEMENT EFFICACE ET COHÉRENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE	660
<i>Chapitre I. Les remèdes à prescrire au droit substantiel</i>	663
<i>Chapitre II. Les remèdes à administrer au droit processuel</i>	710
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	799
CONCLUSION GÉNÉRALE	813
BIBLIOGRAPHIE	825
INDEX	898
TABLES DES MATIÈRES	903

ABRÉVIATIONS

AJ CCD : L'Actualité juridique : Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution

AJDA : Actualité juridique Droit administratif

AJ pénal : L'Actualité juridique : Pénal

Aut. conc. : Autorité de la concurrence

BID : Bulletin d'information et de documentation de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes

BOCC : Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation (devenu BOCCRF)

BOCCRF : Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (anciennement BOCC)

BOSP : Bulletin Officiel du Service des Prix (devenu BOCC)

BTL : Bulletin des Transports et de la Logistique

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

Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés

Cah. dr. entr. : Cahiers de droit de l'entreprise

Cah. Lamy CE : Les Cahiers Lamy du comité d'entreprise

CCC : Contrats, Concurrence, Consommation

C.E. : Décision rendue par le conseil d'Etat

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

Comm. eur. : Commission européenne (Communication ou décision rendue par)

Comm. com. électr. : Communication Commerce électronique.

Comm. com. eur. : Commission des Communautés européennes (Décision rendue par)

Comm. conc. : Commission de la concurrence (avis rendu par)

Comm. tech. : Commission technique des ententes et des positions dominantes (avis rendu par)

CPC : Code de procédure civile

D. : Recueil Dalloz

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

DH : Recueil Dalloz hebdomadaire (disparu depuis 1941).

Dir. : Dirigé par, Présidé par, ou Sous la direction de

DP : Recueil Dalloz périodique (disparu depuis 1941).

Dr. et patri. : Droit et patrimoine

Dr. soc. : Revue du droit social

EDCO : L'essentiel Droit des contrats

Gaz. Pal. : Gazette du palais

IR : Informations rapides du recueil Dalloz

JCP : La semaine juridique, édition générale

JCP E : La semaine juridique, édition entreprise et affaires

JOCE : Journal Officiel des Communautés européennes (devenu JOUE)

JORF : Journal Officiel de la République Française

JORF doc. adm. : Journal Officiel de la République Française, édition des documents administratifs

JOUE : Journal Officiel de l'Union européenne (anciennement JOCE)

L.P.A. : Les Petites Affiches

RDC : Revue des contrats

RDT : Revue de droit du travail

Rec. : Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de 1^{ère} instance.

Rec. Lamy : Recueil Lamy

Rev. crit. : Revue critique de législation et de jurisprudence

Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé

Rev. dr. pén. : Révue de droit pénal

Req. : Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation

RJC : Revue de jurisprudence commerciale

RLC : Revue Lamy de la concurrence

RLDA : Revue Lamy Droit des Affaires

RLDC : Revue Lamy Droit civil

RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

RTD Eur. : Revue trimestrielle de droit européen

S. : Recueil Sirey

Stat. : United States Statutes (at Large Volume)

Trib. civ. : Tribunal civil (devenu Tribunal de grande instance)

U.S.C. : United States Code

INTRODUCTION

1. Emile DURKHEIM déclare qu'« *il y a toujours de la contrainte dans les contrats que nous accomplissons, dans les consentements que nous donnons ; car ils ne sont jamais exactement conformes à ce que nous désirons. Qui dit contrat dit concessions, sacrifices accordés pour en éviter de plus graves* »¹.

2. Effectivement, toutes actions, tous comportements, toutes décisions sont influencés par des éléments intrinsèques et extrinsèques à chaque individu.

Le jugement est dicté par des éléments intrinsèques à chaque personne tels que la conscience, la morale mais également l'éducation. Le libre arbitre, la liberté, la volonté, le consentement sont également influencés par l'environnement social, économique, politique, culturel dans lequel évolue chaque individu.

Toutes les relations qu'elles soient contractuelles, économiques ou juridiques sont fondées sur une configuration dominant/dominé. Chacun essayant d'influencer cette relation au regard de sa situation en usant des éléments de force à sa portée pour en retirer un maximum de profits. Ainsi, toutes les relations contractuelles ou extra-contractuelles portent en leur sein une certaine contrainte. Ces contraintes orientant, pesant et dictant la volonté et la liberté sont admises, licites voire même naturelles.

3. Présentation du sujet - La contrainte économique comme objet d'étude.

Cependant, la contrainte, économique, telle qu'elle est envisagée au titre de cette étude est de nature différente. Afin de justifier la contrainte économique certains avancent l'idée que cette dernière relève également du jeu commercial normal et serait ainsi, licite. Selon eux, sanctionner la contrainte économique reviendrait à méconnaître la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté de négociation ainsi que la liberté contractuelle.

¹ E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, 3^e éd., coll., Quadrige, P.U.F., Paris, 1997, p. 232.

Or, ici, la contrainte est illicite. Elle sort de l'ordinaire et de ce qui est admissible et tolérable.

La contrainte économique ne participe pas du jeu commercial normal. Le comportement de l'auteur de la contrainte économique relève d'un jeu commercial anormal et de pratiques commerciales anormales c'est-à-dire de pratiques qui vont au-delà de ce qui est acceptable et qui donc sont répréhensibles. Ces pratiques vont à l'encontre de la compétition normale et loyale. La contrainte économique porte en elle ce caractère de ce qui est excessif, ce qui est anormal, vil, bas, et mauvais.

En effet, le jeu commercial normal suppose que la liberté du consentement soit respectée même lorsque la liberté de négociation s'exerce dans les conditions les plus extrêmes, les plus techniques voire les plus vicieuses.

Or, une personne en situation de contrainte économique est privée de manière totale ou partielle de sa liberté de négociation. Ainsi, la contrainte économique se distingue du jeu commercial normal. Par nature, la contrainte économique va au-delà du jeu commercial normal et doit être, à ce titre, sanctionnée.

4. Toutefois, toutes les contraintes d'ordre économique ne peuvent pas être prises en compte en raison de la sécurité juridique, de la pérennité et de la stabilité contractuelle.

Ainsi, seules les contraintes d'ordre économique illégitimes sont, dans la présente étude, qualifiées de contrainte économique et sanctionnées en tant que telles. Il s'agit de contraintes allant ainsi au-delà du jeu commercial normal. Il s'agit de contraintes qui sont excessives en ce sens qu'elles ont un tel impact sur la liberté de choix du contractant que son consentement est vicié. Aussi, de telles contraintes sont inacceptables. Elles sont licites et ne sauraient produire des effets. S'opposant donc aux contraintes économiques licites², c'est-à-dire celles qui relèvent du jeu commercial normal, de la concurrence

² M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique », *L.P.A.*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5 : « (...) la sécurité juridique serait menacée par des cas d'ouverture du vice de violence entendus trop largement car, en contractant, chaque partie exerce une contrainte sur l'autre et l'on ne rencontre jamais deux parties dont la situation, à l'égard de la transaction envisagée, en termes d'intérêt, d'information ou de surface financière est la même [...]. Or, il ne suffit pas pour que la violence soit juridiquement

normale et qui sont acceptables. En d'autres termes, il s'agit de contraintes économiques illicites.

Toute relation reposant sur un schéma dominant/dominé, ne peut être jugée illicite et être entachée de contrainte économique. Le simple déséquilibre structurel ne suffit pas à caractériser une situation de la contrainte économique. Il est en soit tout à fait licite. Pour caractériser la contrainte économique, la configuration structurelle sur laquelle repose la relation doit être davantage marquée soit par une faiblesse économique, soit par une faiblesse non-économique (intrinsèque ou extrinsèque) et dont l'auteur aurait abusé en vue de pousser la victime à passer un acte ou une abstention.

5. La présente étude a permis de définir la contrainte économique comme étant l'exploitation abusive d'un déséquilibre structurel. La lutte contre la contrainte économique permet d'assurer la protection de la liberté de choix, la liberté économique et la liberté du comportement économique de la victime. En effet, malgré une finalité quelque peu égarée et parfois oubliée en raison d'un déplacement de l'objectif final qu'ont subi les régimes traitant de la contrainte économique, le traitement de la contrainte économique permet de la protection de l'intégrité du consentement de la victime.

6. Dès lors, le traitement de la contrainte économique relève d'une nécessité absolue : celle de protéger l'intégrité du consentement de la victime.

7. Le domaine de l'étude. Afin de mener une étude complète quant à la réception de la contrainte économique et eu égard à la diversité des situations de contrainte économique, il convient de définir les contours du domaine d'étude.

Le domaine d'étude de la présente étude couvre toutes les branches du droit privé économique concernées par la contrainte économique. Ainsi, le droit civil, le droit de la concurrence (pratiques restrictives de concurrence et les pratiques anticoncurrentielles)

considérée que la liberté de décision de celui qui l'invoque ait été contrainte, il faut qu'il prouve l'illégitimité de cette contrainte ».

le droit de la consommation, le droit pénal des affaires feront partie du domaine d'analyse de cette étude.

8. Bien que, la contrainte économique se soit propagée dans toutes les domaines du droit. Cependant, certaines branches du Droit sont exclues de la présente étude. C'est le cas du droit du travail et du droit bancaire.

En effet, l'état de la jurisprudence quant à la question de la contrainte économique au sein de ces branches du droit étant embryonnaire, l'étude ne serait pas significative et les analyses ne seraient pas concluantes. Aussi, par rigueur intellectuelle, il paraît nécessaire d'exclure ces branches du Droit du domaine d'étude. Par ailleurs, au sein de ces branches du Droit, la contrainte économique est traitée au titre de la violence économique qui est intégré dans le domaine de l'étude.

9. S'agissant du droit bancaire, l'état de la jurisprudence quant à la question de la contrainte économique dans les relations bancaires est à ses « balbutiements ». Aussi, dans l'état actuel des choses, il est impossible de dégager des décisions de justice une théorie où les enseignements soient significatifs. Par ailleurs, la contrainte économique est traitée au titre de la violence économique³ qui fait partie du domaine d'analyse de la présente étude.

³ v. : Com., n° 14-13987, 3 octobre 2006, inédit, *RLDA*, 2006, p. 11, « La contrainte économique dans la relation bancaire » : Dans le cas d'espèce, la situation de contrainte économique concernait la relation banque/client. En vue de rembourser de fausses traites d'une société, des prêts personnels ont été accordés par le même créancier que celui des traites lequel avait déclaré sa créance au passif de la procédure collective de la société. Il a été assigné par les débiteurs et le commissaire à l'exécution du plan de la société en annulation de ces prêts personnels aux motifs, en autres, que lesdits prêts avaient été consentis sous l'effet de la violence. La Cour d'appel retient la violence et appuie sa décision par le visa des articles 1111 et 1112 du Code civil. Cependant, cet arrêt sera cassé par les Hauts magistrats qui rappellent que : « *seule l'exploitation 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* » en prenant comme visa l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 avril 2002. Ils estiment ainsi qu'en l'espèce l'abus n'est pas démontré. Bien que la contrainte économique ne soit pas retenue, les Hauts magistrats de la Cour de cassation ont retenu comme visa le dispositif de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 avril 2002. Malgré la réticence affichée des magistrats de reconnaître de la contrainte économique de peur certainement de porter une atteinte trop grande à la sécurité juridique, ici, la contrainte économique est envisagée à travers la violence économique.

11. Le droit du travail a été l'un des premiers après le droit civil à reconnaître la possible existence d'une situation de contrainte économique entre le salarié et l'employeur et à déclarer la nécessité de prendre ces abus de pouvoir.

Pourtant et contrairement, au droit de la concurrence, au droit de la consommation, au droit pénal et au droit civil, l'étude du traitement de la contrainte économique par le droit du travail n'apporte pas d'éléments concluants. Aussi, le droit du travail est exclu de la présente étude pour les mêmes raisons que le droit bancaire.

L'état de la jurisprudence est dérisoire et aucune étude ne saurait être significative sur la question. Toutefois, de nombreuses situations de contrainte économique dans le cadre des relations entre employeurs et salariés sont envisagées et traitées au titre de la violence économique, régime concerné par la présente étude.

12. Les acteurs du droit du travail rencontrent beaucoup de difficultés à traiter la contrainte économique. En effet, il n'existe aucun outil propre pour sanctionner la contrainte économique au sein du droit du travail. Ils se sont repliés, par défaut, sur la notion de dépendance économique ou sur celle de violence.

13. Par ailleurs, les particularités du droit du travail explique également pourquoi il est exclu du domaine de l'étude. En effet, la relation employeur/salarié est caractérisée par une configuration dominant/dominé. Toutefois, la particularité de la relation employeur/salarié est également caractérisée, en plus de la configuration structurelle, par la subordination entre l'employeur et le salarié.

Sur le marché du travail, l'offre étant plus rare que la demande, le salarié qui cherche du travail est tributaire de l'employeur auprès duquel il offre sa force de travail ce qui va lui permettre de vivre. L'employeur peut être tenté d'abuser de cette situation.

14. En effet, au vu de la configuration économique du marché du travail et en plus de l'inégalité de force qui illustre leur relation durant la formation du contrat du travail, le

salarié est en position de faiblesse ce qui a une répercussion lors de la négociation et de la formation du contrat.

La négociation et, *a fortiori*, l'acte juridique final n'est pas le résultat d'un consentement libre et éclairé comme le soutient le libéralisme juridique qui a repris certains dogmes contractuels civilistes mais il est le fruit d'une discussion menée de bout en bout par l'employeur qui est en situation de force. Par ailleurs, il faut noter que déterminer ce qui relève être de la subordination et ce qui entre dans le cadre de la relation salarié/employeur et ce qui en sort et est de la contrainte économique est particulièrement difficile.

15. Le domaine d'étude couvre le régime de la violence économique en droit civil, de l'exploitation abusive de faiblesse en droit de la consommation, de l'exploitation abusive de vulnérabilité en droit pénal, de l'exploitation abusive d'une position dominante et de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique en droit de la concurrence (en tant que pratique anticoncurrentielle et en tant que pratique restrictive de concurrence⁴).

16. La lutte contre la contrainte économique a pour objectif de sanctionner une contrainte ayant abouti à altérer ou à abolir le consentement d'une partie au contrat en abusant de la configuration structurelle qui caractérise ladite relation. Le but étant alors la protection de l'intégrité du consentement de la victime et non ou la pérennité contractuelle, l'équilibre contractuel ou la recherche de l'efficacité.

Dès lors, afin de s'inscrire dans la présente étude, le choix a porté sur des instruments ayant pour but la protection de l'intégrité du consentement vicié au moyen de la sanction d'une exploitation abusive de la configuration structurelle c'est-à-dire du déséquilibre structurel qui caractérise la relation entre les contractants et sur laquelle repose l'acte juridique le choix a porté sur des instruments qui ne sanctionnent ni le déséquilibre contractuel ni le déséquilibre structurel. Ces régimes reposent sur une contrainte ayant

⁴ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

altéré ou aboli le consentement du contractant en abusant sur le déséquilibre structurel qui caractérise la relation des parties au contrat.

Ainsi, le choix des instruments s'est fait en suivant cette logique et cette finalité. Seuls les régimes qui présentent la structure suivante ont été retenus : exploitation abusive d'un déséquilibre structurel en vue d'en tirer profit et de faire « accepter » au contrat le plus faible un acte ou une abstention en altérant son consentement.

17. Il convient de préciser que le régime des clauses abusives est écarté du domaine de l'étude. En effet, les clauses abusives sont des « *stipulation(s) imposée(s) à un non-professionnel (...) par un abus de puissance économique de l'autre partie et conférant à celle-ci un avantage excessif* »⁵. Elles créent « *au détriment du consommateur (...) un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties contractantes (...)* »⁶.

Le régime relatif aux clauses abusives vise à sanctionner un déséquilibre contractuel significatif créé par la présence de clauses abusives dans un acte juridique. Ce régime ne sanctionne pas l'exploitation abusive d'un déséquilibre des forces économiques quand bien même il est à l'origine de ce déséquilibre contractuel.

18. Les clauses abusives découlent d'une situation de contrainte économique. Cependant, les clauses abusives sont la « simple » manifestation c'est-à-dire le résultat d'une situation de contrainte économique et non la contrainte économique elle-même. L'objet du régime relatif aux clauses abusives est la sanction du déséquilibre significatif et non pas celle de l'abus d'un déséquilibre structurel. Le régime des clauses abusives ne poursuit pas la même finalité et il ne répond pas à la même structure que ceux de autres régimes. En somme, le régime des clauses abusives ne peut pas être utilisé comme instrument pour sanctionner la contrainte économique.

⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., coll. Quadrige dicos poche, P.U.F., Paris, 2011, p. 8 : v. abusive.

⁶ G. CORNU, *op. cit.*, p. 8 : v. abusive.

19. En définitive, il ressort du domaine de l'étude que le champ d'application de la contrainte économique est particulièrement vaste. En effet, l'étude révèle que la contrainte économique concerne de nombreuses situations, très diverses. Un domaine d'application commun à la contrainte économique peut, toutefois, être déterminé.

20. Le contexte de la contrainte économique. La contrainte économique a lieu à l'occasion de relations économiques. La contrainte économique a lieu aussi bien dans le domaine contractuel qui est le domaine de prédilection de la contrainte économique que dans un contexte extra-contractuel.

La contrainte économique s'illustre majoritairement dans le cadre de relations contractuelles et ce, à tous les stades du lien contractuel : lors de la formation, lors de l'exécution et lors de la rupture du contrat. Toutefois, la présente étude ne concerne que les relations contractuelles entre agents privés. Autrement dit, les relations contractuelles publiques/privées n'appartiennent pas au domaine de recherche de la présente étude.

21. La grande majorité des textes sanctionne la contrainte économique au moment de la formation du contrat. Cette période est marquée et procède, essentiellement, du déséquilibre des forces de négociation entre les parties. La contrainte économique s'exprime plus fréquemment lors de la période précontractuelle. Cette période consacre donc parfaitement les forces inégales de négociation entre les parties.

Cependant, c'est une grave erreur de considérer que la contrainte économique s'exprime uniquement à ce stade. D'ailleurs, c'est l'une des raisons de l'échec du traitement de la contrainte économique par le droit positif.

22. Effectivement, la contrainte économique peut également avoir lieu lors de la rupture du contrat. C'est le cas par exemple, de la rupture brutale des relations commerciales établies. L'entreprise en situation de puissance économique va abuser de sa situation de domination et notamment de la dépendance économique de son partenaire pour le pousser à accepter un engagement afin d'en tirer des avantages injustifiés, excessifs, ou sans

contrepartie, sous la menace de rompre tout ou partie de la relation contractuelle avec ladite entreprise.

23. Enfin, la contrainte économique s'exprime également au stade de l'exécution du contrat. En effet, c'est le cas entre autres, par exemple, des contrats-cadre et des contrats d'application. Les contrats-cadre régissent la grande majorité des relations de distribution qui sont nouées par ces derniers.

Lors de la formation, la contrainte économique aura, pour conséquence, d'imposer certains termes contractuels au contrat-cadre définissant la relation et étant la « convention mère » des contrats d'application. *De facto*, la victime subira la contrainte économique à chaque fois au moment de la formation et de l'exécution des contrats d'application et donc lors de l'exécution du contrat-cadre. Ainsi, la contrainte économique ayant lieu au moment de la formation va s'exprimer tout au long de l'exécution de la relation contractuelle.

24. Quelques interrogations s'imposent : est-ce que la contrainte économique qui s'exprime au sein du contrat d'application est nouvelle ou est-ce la même contrainte économique qui continue de s'exprimer ?

Cela dépend si les termes du contrat-cadre censés servir de « fondations » aux contrats d'application sont entachés de contrainte économique.

Si certains termes du contrat-cadre ont été acceptés sous le coup d'une contrainte économique et que ces termes ont vocation à établir les contrats d'application, alors la même contrainte économique entachant le contrat-cadre « irrigue » tous les contrats d'application. Elle a lieu au moment de la conclusion du contrat-cadre et elle s'exprime également au moment de la formation des contrats d'application et donc par conséquent, tout au long de l'exécution du contrat-cadre. Si ce n'est pas le cas, alors la contrainte économique est « nouvelle ». Elle est héritée du contrat-cadre. Ici, la contrainte économique a lieu au moment de la conclusion du contrat d'application.

25. La contrainte économique peut avoir lieu à tous les stades de la relation contractuelle mais le moment de prédilection reste celui de la formation et celui de la rupture. Aussi, il est essentiel d'envisager le traitement de la contrainte économique de manière beaucoup plus uniforme entre les différents stades de la relation contractuelle.

26. Il convient de souligner que la contrainte économique peut s'exprimer et s'illustrer, s'il y a exploitation abusive de ce déséquilibre structurel, lorsqu'une relation est caractérisée par des forces de négociation manifestement inégales. La contrainte économique est présente dès lors qu'une nouvelle relation est en train d'être établie (contractuelle ou post-contractuelle). En effet, la contrainte économique s'exprime dès lors qu'une nouvelle relation est établie. Or, les nouvelles relations sont établies soit au moment de la formation du lien contractuelle en vue d'établir une relation contractuelle soit au moment de la rupture en vue de déterminer la relation post-contractuelle. En effet, la formation et la rupture du lien contractuel sont des vecteurs permettant aux forces de négociation de s'illustrer au mieux. Le déséquilibre des forces économiques et des forces de négociation se manifeste fortement à ces moments du rapport contractuel.

27. En effet, les parties vont s'affronter pour influencer autant que faire se peut la relation à naître. C'est à ce moment que le déséquilibre structurel va davantage impacter la relation à naître. C'est à ce moment que la contrainte économique va pouvoir pleinement s'illustrer et ce, peu importe que ce soit lors de la formation ou lors de la rupture du contrat. En somme, la formation et la rupture du contrat sont deux terrains extrêmement favorables aux situations de contrainte économique.

28. La contrainte économique peut avoir lieu également dans un contexte extra-contractuel, et notamment dans un contexte concurrentiel.

C'est précisément le cas de l'abus de position dominante dont l'exploitation abusive peut être de différente nature. Effectivement, elle peut être purement contractuelle, ou purement concurrentielle, elle peut également être contractuelle pour le partenaire de l'entreprise dominante tout en étant concurrentielle pour le concurrent de l'entreprise en

position dominante ou en étant un comportement contractuel licite envers le partenaire de l'entreprise en position dominante mais en étant un abus envers le concurrent de l'entreprise en position dominante.

29. Donc, la contrainte économique se manifeste, indistinctement, dans le domaine contractuel et dans le domaine concurrentiel même si, majoritairement les situations de contrainte économique sont de nature contractuelle. Les relations contractuelles semblent être le domaine naturel de la contrainte économique. Effectivement, même dans les cas d'abus concurrentiels, les situations de contrainte économique ont lieu à l'aune de relations contractuelles sauf exception faite du cas d'éviction un concurrent du marché ou le cas où l'entreprise empêche un concurrent d'entrer sur un marché. C'est le cas quand une entreprise en position dominante à recours à des clauses de non-concurrences, des discriminations pratiquées, des prix prédateurs ou conditions prédatrices... D'ailleurs, la liste exhaustive d'abus présentés comme exemple à l'alinéa 1^{er} de l'article L.420-2 du Code de commerce⁷ sont tous des abus contractuels.

30. La logique de la contrainte économique. La contrainte économique est traitée par un nombre important des droits spéciaux. Or, ces droits spéciaux ont des finalités distinctes et s'inscrivent dans des logiques propres.

Par ailleurs, la contrainte économique peut s'exprimer dans un contexte contractuel et concurrentiel. Alors, il est important de se demander quelle est la logique de la contrainte économique : est-ce une logique contractuelle, concurrentielle ? Est-ce une logique civiliste, pénaliste ou consumériste ?

⁷ Al. 1^{er} de l'art. L.420-2 du C. com. : « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'art. L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ».

A la lumière de l'étude des régimes traitant de la contrainte économique, il ressort de manière constante que le domaine de prédilection de la contrainte économique est la matière contractuelle. D'ailleurs, la grande majorité des abus concurrentiels dans le cas de l'abus de position dominante s'inscrit également dans une configuration contractuelle.

31. La qualité des sujets de la contrainte économique. Le domaine d'application étant vaste, les personnes concernées par la contrainte économique sont également diverses. Ainsi, la qualité des sujets importe peu. Sont concernées par les situations de contrainte économique aussi bien les personnes physiques que les personnes morales ; les relations entre professionnels ; les relations entre professionnels et particuliers et les relations entre particuliers. Toutefois, il ne s'agit ici que de relations contractuelles entre agents privés. Les relations contractuelles publiques/privées ne sont pas concernées par la présente étude.

TITRE I. LA NÉCESSITÉ DE PRENDRE EN COMPTE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

32. La contrainte économique est une réalité qui nous entoure et doit, donc, être prise en compte.

En effet, la contrainte économique porte atteinte à l'intégrité du consentement de la victime. Le consentement est vicié dans sa dimension volitive et/ou dans sa dimension intellectuelle. Or, un consentement éclairé et libre est indispensable pour bâtir tout acte juridique.

33. En effet, le contexte politique révolutionnaire a eu pour objet et pour effet de mettre l'Homme au cœur des préoccupations.

Le consentement devient alors vite le mode de création des obligations contractuelles.

La conséquence naturelle du principe du consensualisme est l'autonomie de la volonté. Le contrat est « *souvent considéré comme une manifestation de l'autonomie de la volonté* »⁸. Il est nécessaire que « *le consentement doit être donné par une volonté éclairée et libre* »⁹ lors de la formation du contrat pour qu'il soit « *juridiquement efficace* »¹⁰. « *La volonté altérée par un vice du consentement n'est pas réellement autonome : elle est menée par autrui ou par une illusion* »¹¹.

34. Effectivement, le consentement seul ne suffit pas à former, valablement, un acte juridique et à établir un rapport contractuel. Encore faut-il pour cela que le consentement ne soit pas altéré par un vice.

En effet, « *la volonté manifestée par une partie n'a de signification et ne peut donc l'obliger que si elle est réelle, libre et consciente* »¹². Donc, le consentement doit être donné en toute connaissance de cause et être librement exprimé. La volonté doit être libre et consciente. En somme, le consentement doit être intact dans son élément de « *pleine conscience* »¹³ et dans son élément de liberté. Le contrat ne saurait reposer « *sur une décision non volontaire du contractant* »¹⁴. Le cas échéant, il s'agira « *d'une simple déclaration de volonté sans contenu véritable, à laquelle notre Droit refuse d'attacher un effet créateur d'engagements* »¹⁵. Ainsi, le consentement ne doit pas être altéré par

⁸ M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, éd. 2010-2011, coll. Manuel, Paradigme, Paris, 2010, p. 159, §287.

⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens, les obligations*, 22^{ème} éd., coll. Quadrige Manuel, P.U.F., Paris, 2004, vol. II, p. 1989, §956.

¹⁰ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1989, §956.

¹¹ J. CARBONNIER, *Ibid*, p. 2001, §962.

¹² A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 57, §70.

¹³ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. Université, série Droit privé, Sirey, Paris, 2012, p. 293, §788.

¹⁴ M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, éd. 2010-2011, coll. Manuel, Paradigme, Paris, 2010, p. 159, §287.

¹⁵ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 57, §70.

l'erreur, le dol ou la violence¹⁶. Il est reconnu à la violence, ou plutôt à l'absence de violence, un rôle essentiel dans la formation du contrat¹⁷. Ainsi, la violence, au même titre que les autres vices du consentement est considérée par le Code civil comme une « exigence de pureté dans le consentement »¹⁸.

35. Il convient de noter que le Code civil limite autant que faire ce peut, la théorie des vices du consentement afin de concilier « le respect du principe de l'autonomie de la volonté et l'impératif de sécurité juridique et de stabilité contractuelle. (...) Toute erreur, toute pression exercée contre un contractant, toute tentative de faire une « bonne affaire » n'(est) pas sanctionnée »¹⁹. Il s'agit du jeu commercial normal c'est-à-dire des contraintes d'ordre économique mais licites car n'abolissant pas le consentement d'une des parties au contrat.

36. Ici, la contrainte économique porte atteinte à l'intégrité du consentement de la victime. Au vu de la finalité de la lutte contre la contrainte économique, le traitement des situations de contrainte économique est indispensable.

Toutefois, certains plumes remettent en cause la légitimité du Droit à connaître de la contrainte économique.

37. Effectivement, malgré la nécessité de sanctionner la contrainte économique en vue de protéger le consentement de la victime, le libéralisme juridique rejette la possibilité pour le Droit de traiter en compte les situations de contrainte économique.

38. Effectivement, le libéralisme juridique rejette de manière non équivoque la réception de la contrainte économique par le Droit.

¹⁶ Art. 1109 du C. civ. : « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

¹⁷ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 293, §789.

¹⁸ J. CARBONNIER, *Ibid*, p. 2001, §962.

¹⁹ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Ibid*, p. 293, §791.

Le Professeur Bruno OPPETIT rappelle que « *le principe de libre concurrence s'articule autour de deux libertés majeures : d'une part la liberté du commerce et de l'industrie [...] et d'autre part, la liberté contractuelle, en vertu de laquelle, les concurrents doivent pouvoir conclure les contrats qu'ils souhaitent aux conditions de leurs choix* »²⁰.

Pour le libéralisme juridique, le traitement de la contrainte économique porterait atteinte aux principes de la théorie de l'autonomie de la volonté, le principe du respect de la parole donnée, la force obligatoire des contrats et la liberté contractuelle.

39. L'autonomie de la volonté se définit comme étant « le droit de se régir par ses propres lois »²¹.

Pour Nicole CHARDIN, l'autonomie de la volonté est « *le droit pour l'individu de déterminer librement les règles auxquelles il se soumet* »²². Elle estime que pour le libéralisme juridique « *dire que la volonté est autonome c'est admettre que la volonté des contractants crée à elle seule le contrat et les effets qui en découlent* »²³.

40. L'autonomie de la volonté repose sur deux postulats principaux : le premier consiste à affirmer que les Hommes naissent libres et égaux et que dès lors si l'Homme ne peut pas être obligé sans l'avoir voulu. Autrement dit, s'il s'engage c'est qu'il l'a souhaité librement ; le second, découle du premier, tout engagement repose sur une volonté libre et donc cet engagement est profondément juste.

41. Selon la conception kantienne, la théorie de la volonté repose sur la morale et le devoir : « *la volonté est le principe suprême de la morale* »²⁴. Le contrat est l'expression de la

²⁰ B OPPETIT, « Le liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, n° 3, p. 242.

²¹ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *op. cit.*

²² N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Thèse Strasbourg, 1987, n°36, p. 33.

²³ N. CHARDIN, *op. cit.*, n° 20, p.25

²⁴ E. KANT, *Critiques de la raison pratique*, coll. Garnier Flammarion, Flammarion, Paris, 2003.

volonté libre des parties et permet le juste. Ainsi, une fois consentis, les rapports contractuels doivent s'imposer et s'appliquer.

42. René DEMOGUE énonce, sans réserve, que l'autonomie de la volonté « *est un des principes les plus important du droit civil* »²⁵.

43. Emmanuel GOUNOT estime que l'autonomie de la volonté est « *l'organe créateur de droit* »²⁶. Elle est « *la pierre angulaire de tout édifice juridique* »²⁷. Il y apporte une réserve, toutefois, en déclarant : « *sous la seule condition, en effet, que les deux volontés en présence respectent mutuellement leur liberté, tout contrat est juste : le droit n'a à se soucier ni de la valeur morale de la fin poursuivie par les parties, ni de la répercussion sociale de leur acte* »²⁸.

44. Ainsi, selon eux, les contractants échangent leurs consentements en toute liberté et sur un pied d'égalité. Aussi, le contrat reposerait sur la liberté et l'égalité des contractants. L'acte juridique consacrerait alors la justice car il repose sur la volonté des contractants. Alfred FOUILLEE énonçait, ainsi, cette célèbre phrase : « *qui dit contractuel dit juste* »²⁹ et allait même jusqu'à affirmer « *que toute justice doit être contractuelle* »³⁰.

Pour le libéralisme juridique, les contractants établissent des contrats qui sont nécessairement justes malgré le rapport de force inégal inhérent à toute relation contractuelle. Ainsi, les situations de contrainte économique ne doivent pas être prises en compte par le Droit au risque de contrevenir à ces dogmes contractuels.

²⁵ R. DEMOGUE cité par E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'études critique de l'individualisme juridique*, Thèse Paris, 1912, p. 7.

²⁶ E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'études critique de l'individualisme juridique*, Thèse Paris, 1912, p. 3.

²⁷ E. GOUNOT, *Ibid*, p. 28.

²⁸ E. GOUNOT, *Ibid*, p. 28.

²⁹ A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, 1^{ère} éd., Hachette, Paris, 1880, p. 410.

³⁰ A. FOUILLEE, *op. cit.*, 2^{ème} éd., Hachette, Paris, 1883, p. 45 et p. 47.

45. Or, en raison du rapport de force inégal et inhérent à toute relation contractuelle, les Hommes ne négocient pas sur un pied d'égalité et librement et ce, d'autant plus depuis l'émergence des contrats d'adhésion et des contrats de dépendance qui ont renforcé cette inégalité de force de négociation. Aussi, tout ce qui est contractuel n'est pas forcément juste. L'émergence des contrats déséquilibrés rend le droit des contrats obsolète car il est désarmé face aux évolutions de la pratique contractuelle. Le contrat devient l'expression et la mise en oeuvre d'une profonde injustice.

46. Face à cette nouvelle réalité contractuelle des critiques s'élèvent Jean-Baptiste-Henri LACORDAIRE répondra au fameux « qui dit contractuel dit juste » d'Alfred FOUILLEE en déclarant qu'« *entre le fort et le faible (...) c'est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit* »³¹.

Par ailleurs, les Professeurs Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER déclarent que « *l'autonomie de la volonté est un mythe périmé* »³².

47. De même, le solidarisme contractuel porté par le Professeur Denis MAZEAUD constate que les dogmes contractuels n'assurent plus à eux seuls le respect de la liberté, de l'égalité et de la justice au sein du contrat. Par conséquent, le solidarisme contractuel encourage le droit à sanctionner les situations de déséquilibre dans les relations contractuelles. Le solidarisme contractuel encourage le Droit à connaître des situations de contrainte économique. Le solidarisme repose sur l'idée que les Hommes ne naissent pas libres et égaux et que par conséquent, les Hommes ne contractent pas toujours librement et sur un pied d'égalité. Aussi, le consentement qui exprime la volonté n'est pas toujours donné de manière libre et éclairé. Le solidarisme contractuel repense le contrat qui reposerait sur la liberté contractuelle, la loyauté et la justice contractuelle. Il serait alors un lieu de collaboration, de solidarité, voire même de fraternité où chaque

³¹ J.-B.-H. LACORDAIRE, *52^{ème} conférence de Notre Dame*, 1848 cité par F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2009, p. 8.

³² B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, 6^{ème} éd., coll. Litec Droit, Litec, Paris, 1998, t. 2 : Contrat, p. 8.

partie collaborerait avec son cocontractant voire même privilégierait les intérêts de son contractant.

48. Ces deux courants de pensées reposent sur des postulats erronés mais tendent à protéger tous deux des impératifs juridiques.

Contrairement à ce que souhaite le solidarisme contractuel, il est inconcevable que les contractants puissent mettre en avant les intérêts de leur cocontractant voire les privilégier. En effet, la nature humaine porte en son sein un égoïsme intrinsèque qui poussent les Hommes à faire prévaloir leurs intérêts propres sur ceux d'autrui.

De plus, il est impossible de traiter au nom de la justice contractuelle tous les déséquilibres structurels ou même contractuels sans risquer de porter une atteinte grave aux dogmes contractuels et de vider la matière contractuelle de son essence (liberté contractuelle, liberté de contracter, de choisir ses partenaires, de contracter aux termes souhaités, force obligatoire des contrats...). Cependant, le principe de justice contractuelle doit également être respecté au sein du contrat.

De même, le libéralisme juridique atteint rapidement ses limites face à l'évolution de la pratique contractuelle. Toutefois, le respect du principe de l'autonomie de la volonté, celui de la parole donnée, de la force obligatoire des contrats et de la liberté contractuelle est essentiel.

Il faut se limiter aux situations où le consentement est altéré ou aboli. Or, le consentement n'est pas libre et éclairé lorsqu'il est donné dans le cadre d'un rapport de force économique inégal exploité abusivement pour imposer une relation contractuelle.

Ainsi, ces deux courants de pensées montrant bien vite leurs limites, le recours exclusif à l'un de ces courants est insuffisant pour légitimer le traitement de la contrainte économique par le Droit.

49. Malgré le postulat incorrect sur lesquels ces courants de pensées reposent, le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel consacrent des principes essentiels dont le respect s'impose à tous.

En effet, les dogmes contractuels sont impératifs et doivent s'appliquer quand les parties au contrat ont donné un consentement libre et éclairé. Dès lors que la démonstration d'un consentement libre et éclairé est faite, les dogmes contractuels s'imposent. Mais encore faut-il pour cela que le consentement soit libéré et éclairé. La liberté contractuelle ne devrait pas être comprise comme exclusive de la justice contractuelle ou de la loyauté contractuelle.

En effet, le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel ne sont pas contradictoires, ils sont au contraire complémentaires pour assurer le respect de ces dogmes contractuels et pour sanctionner toutes situations de contrainte économique.

Le rejet d'un recours exclusif à l'un des deux courants de pensées pour sanctionner la contrainte économique est nécessaire. Seule l'articulation entre ces courants permettra, d'une part, d'assurer le respect de la sécurité juridique, la liberté contractuelle et la justice contractuelle et d'autre part, de légitimer la réception de la contrainte économique par le Droit. Ainsi, la réception de la contrainte économique par le Droit s'avère alors être le fruit d'une nécessaire conciliation entre ces deux courants doctrinaux.

50. En somme, la réception de la contrainte économique est nécessaire au vu de la finalité de la lutte contre la contrainte économique qui est de la protection de l'intégrité du consentement de la victime. Ainsi, le Droit est appelé à prendre en compte les situations de contrainte économique. Il permet ainsi de protéger d'une part, l'intégrité du consentement de la victime et de respecter d'autre part, les différents dogmes contractuels prônés par le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel.

Dès lors, il faut tenter de prendre en compte la contrainte économique.

TITRE II. LA TENTATIVE D'UN TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT

51. La contrainte économique a toujours été au cœur des préoccupations des juristes. La réception de la contrainte économique a, de tout temps, interrogé les juristes.

52. Tentative de traitement de la contrainte économique à travers le temps. En effet, il y a plusieurs siècles, CICERON³³ se pencha déjà sur la question de la contrainte économique. Il posa le célèbre cas d'école du marchand de Rhodes en énonçant que « *si par exemple, un homme de bien a amené, d'Alexandrie à Rhodes, une grande quantité de blé au moment, chez les Rhodiens, d'une disette et d'une famine, accompagnée d'une cherté extrême des denrées, s'il sait également qu'un bon nombre de marchands de blé ont quitté Alexandrie et s'il a vu, en cours de traversée, des navires chargés de blé, se dirigeant vers Rhodes, va-t-il le dire aux Rhodiens ou bien, grâce à son silence, va-t-il vendre son blé le plus cher possible ?* »³⁴.

Ce cas d'école amène à se demander si le marchand de blé a exploité la situation de pénurie et donc de faiblesse et notamment d'ignorance des Rhodiens (les habitants ignorant que d'autres marchands étaient en route pour Rhodes) ou si cela relève, au contraire, du jeu commercial normal ? Autrement dit, y a-t-il contrainte économique ?

53. Ainsi, très tôt les juristes ont tenté de prendre en compte les situations de contrainte économique. En effet, au II^{ème} siècle avant J.C., sous SYLLA³⁵, la violence est un délit

³³ CICERON ou Marcus Tullius CICERO (106-46 av. JC) était un homme politique et un auteur.

³⁴ M. T. CICERON, *De Officiis*, Livre III, XII, n°50 et s. in *Les Devoirs*, Livres II et III, texte établi et traduit par Maurice Testard, 2ème tirage revu et corrigé, Société d'édition « *Les Belles Lettres* », Collection Guillaume Budé, 1984, p. 96 et s.

³⁵ SYLLA ou SULLA (138-78 av. JC) était un homme politique romain.

pénal et n'apparaît que dans des hypothèses proches de l'extorsion de fonds. La vulnérabilité de la personne n'est alors qu'une circonstance aggravante³⁶.

La contrainte économique voit le jour au I^{er} siècle avant JC, et plus précisément en 71 avant JC. Le prêteur OCTAVIUS³⁷ décide de reconnaître et d'interdire le *metus causa*³⁸ autrement dit la crainte ou contrainte que la menace de violence inspire³⁹ ainsi que la violence proprement dit. Il s'agit d'un régime composite comprenant le régime actuel de la violence morale, physique, et économique ainsi que l'extorsion de fonds. C'est une crainte de nature « à faire impression sur une personne courageuse »⁴⁰. « *Le metus a toujours été conçu comme un délit, donc comme un fait de l'homme, et les Romains ne lui ont jamais assimilé l'état de nécessité qui résulte d'un événement extérieur* »⁴¹, la violence ne pouvant émaner que de la personne. En droit romain, la violence était assimilée à un défaut de liberté.

Le droit romain pose deux règles : le *coactus volui* c'est-à-dire que « j'ai voulu valablement et ce même sous l'emprise de la crainte » et le *metus causa* n'est valable que lorsque la contrainte a dépassé la mesure ordinaire de la force de résistance de l'homme⁴².

54. A la suite des travaux des canonistes, un déplacement de l'objectif de la violence est notable. Il ne s'agit plus de réprimer l'auteur mais de protéger la victime. La violence passe du statut de délit à celui de vice du consentement. Ainsi, la conception délictuelle de la crainte a été menacée par l'émergence des données psychologiques.

³⁶ J. CARBONNIER, *Ibid*, p. 1999.

³⁷ Lucius OCTAVIUS était un prêteur et un consul qui devint, en tant que proconsul, gouverneur de la province de Cilicie.

³⁸ Le juriste ULPIEN (Domitius ULPIANUS) rapporte, dans sa version originale, le texte de l'édit : « **Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebit : je ne tiendrais pas pour valable ce qui a été accompli sur la base d'une crainte ou d'une violence** », livre 11 de l'édit du prêteur D.4.2.1 : E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} éd., coll. Objectifs droit cours, LexisNexis, Paris, 2011, p. 22, §11 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} éd., coll. Corpus, série Histoire du Droit, Economica, Paris, 2012, p. 511 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 850, §560.

³⁹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 850, §559.

⁴⁰ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, P.U.F., 1992, n° 157, p. 174.

⁴¹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 559.

⁴² P. MALAURIE, L. AYNES, P. STUFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd., coll. Droit civil, Defrénois-Lextenso éditions, Paris, 2011.

55. Cependant, le droit savant médiéval exclut la nullité de plein droit du contrat entaché de dol ou de violence en raison de l'adage « *coacta voluntas, tamen voluntas est* », volonté contraire, volonté tout de même⁴³. La violence morale est retenue mais elle doit pour cela être caractérisée⁴⁴.

56. La conception contractuelle de la crainte est consacrée sous la période révolutionnaire. La contrainte s'inscrit alors une approche protectrice et curative. Robert-Joseph POTHIER, désireux d'atténuer la rigueur romaine, enseignait que la convention consentie dans un état d'impérieuse nécessité puisse être rééquilibrée par le juge, lorsque celle-ci se trouvait entachée d'excès. La position de Robert-Joseph POTHIER ne fut cependant pas suivie en 1804, les rédacteurs du Code civil se prononcèrent pour un refus du principe de la lésion, mécanisme qui était au cœur du raisonnement de Robert-Joseph POTHIER.

57. Toutefois, lors de l'adoption du Code civil de 1804, le législateur ne reconnaît pas le *metus causa* en tant que tel, il se limite à consacrer la violence morale et physique. Dans la conception retenue par les rédacteurs du Code civil, la violence ne peut pas être d'origine humaine. Les rédacteurs du Code civil ont choisi une conception mixte : entre la conception traditionnelle et objective des Romains, qui requiert que le consentement ait été « extorqué par la violence » et exige que la violence fasse impression sur une personne raisonnable, et une approche plus subjective en précisant dans l'article 1140 que le juge doit tenir compte de l'âge, du sexe et de la condition des personnes.

58. Ce n'est qu'au cours des deux derniers siècles que le droit français a, peu à peu, pris en compte l'exploitation d'un état de nécessité, c'est-à-dire de la violence née de circonstances extérieures, avant de consacrer très récemment la notion de violence économique⁴⁵ en s'appuyant sur la lettre de l'article 1140 du Code civil pour la retenir en

⁴³ H. ROLAND, *Lexique juridique, expressions latines*, coll. Carré droit, 2^{ème} éd., Litec, Paris, 2002.

⁴⁴ I. BEYNEIX, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », *L.P.A.*, 25 août 2006, n° 170, p. 3.

⁴⁵ Art. 1145 du C. civ.

tant que vice du consentement. C'est la jurisprudence qui va, en premier, s'atteler à cela. Il s'agit de contentieux relatifs aux contrats d'assurance dans les transports maritimes.

En 1272, dans le cadre d'un litige relevant du droit maritime, le parlement refuse de sanctionner la violence alléguée à propos de la conclusion d'un contrat d'assistance, la crainte d'un naufrage conduisant le capitaine du navire à accepter des conditions financières exagérées. Le parlement s'aligne sur la position du Droit Romain qui ne voyait, ici, aucun *metus causa*⁴⁶. Il ne prend pas en compte l'état de nécessité, il rejette donc que la violence provienne de circonstances extérieures.

59. Ainsi, jusqu'à lors la violence issue de circonstances extérieures n'était pas reconnue. Dans un arrêt du 21 avril 1887, la Chambre des requêtes retient que « *lorsque le consentement n'est pas libre, qu'il n'est donné que sous l'empire de la crainte inspirée par un mal considérable et présent, auquel la personne ou la fortune est exposée, le contrat intervenu dans ces circonstances est entaché d'un vice qui le rend annulable* »⁴⁷.

La question qui lui était posée était de savoir si le capitaine d'un navire, avait conclu, avec un remorqueur, une promesse de rémunération exagérée, devant les dangers d'un naufrage, était bien fondé à contester son engagement une fois tiré d'affaire. La Chambre des requêtes se détourne de la question de l'origine de la violence pour se focaliser sur le caractère libre du consentement. C'est le premier à prendre position pour la possibilité d'une sanction de l'exploitation d'un état de nécessité.

La généralité de sa formule pouvait permettre la sanction de la violence issues de circonstances économiques dans la mesure que le contexte économique favorisait des rapports contractuels marqués par la contrainte. Les magistrats admettent « *contre une doctrine unanime que la violence annule les actes juridiques lorsqu'elle émane des événements* »⁴⁸. Dès lors que le consentement n'est pas libre, le contrat est annulable : l'origine de la contrainte peut devant une telle formule provenir des circonstances, et donc des circonstances économiques.

⁴⁶ I. BEYNEIX Isabelle, *op. cit.*

⁴⁷ Req., 21 avril 1887, L'affaire Le ROLF, DP, 1888, I, p. 263 ; S., 1887, I, p. 372.

⁴⁸ A. BRETON, *La notion de violence en tant que vice du consentement*, thèse Caen, 1925, p. 77.

60. L'Après-guerre est marqué par la construction d'une économie nouvelle, et corrélativement, par des préoccupations tendant à limiter autant que faire se peut les dérives d'un petit nombre de dominants, qui en raison de leur grandeur sur le marché, dicteraient le comportement d'un plus grand nombre dominé.

61. Après un très long débat jurisprudentiel, les juges reconnaissent la contrainte économique en consacrant la violence économique dans l'arrêt du 30 mai 2000⁴⁹. Ils déclarent que : « *la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* ». La consécration prétorienne sera elle-même consacrée par une reconnaissance légale de la violence économique par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats⁵⁰ qui prévoit dans le nouvel article 1143 qu'« *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* ».

62. Encouragés et influencés par le dynamisme des données psychologiques sur les données morales toujours plus significatives et par la nécessité de traiter de manière efficace les dérives du libéralisme économique, les juristes ont tenté de prendre en compte les situations de contrainte économique et ce, en étant toujours plus poché de la réalité. Ainsi, plusieurs régimes au sein des droits spéciaux qui s'inscrivent dans la lutte contre la contrainte économique voient le jour.

63. Ainsi, le droit du travail a reconnu très tôt l'existence de la contrainte économique en Droit. Le droit social est un droit assez pionnier en matière de contrainte économique. Après le droit civil, il a été le premier à reconnaître la possibilité de l'existence d'abus lié

⁴⁹ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *DeParis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*.

⁵⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35 (art. 1143).

à une situation de force inégale. Dès le début du XX^{ème} siècle, le droit du travail reconnaît la possibilité qu'une contrainte économique puisse exister entre l'employeur et le salarié.

Très vite en raison des particularités du droit social, la contrainte économique est traitée à travers les notions de dépendance économique et de violence.

64. En effet, la première apparition de la notion de dépendance économique en droit du travail s'est faite par le projet de loi sur le contrat de travail du 2 juillet 1906⁵¹.

65. Pour le droit du travail, le salarié doit être protégé de la dépendance économique en raison d'éventuels abus qui pourraient se produire par la suite. Le droit du travail est le seul à établir un arsenal de règles dont le but est de protéger d'éventuels abus de déséquilibre structurel inhérent à la relation entre employeur et salarié avant la réalisation même de tout abus et ce dès lors que l'existence de la dépendance économique est démontrée. Le droit du travail tente de protéger en protégeant et non en sanctionnant un comportement ou en réparant un préjudice. Il s'agit de prévenir d'éventuels abus de dépendance économique.

Pour ce faire, dans un premier temps, le droit du travail retient la dépendance économique comme critère de qualification du contrat de travail. D'abord, la dépendance économique à traitée au stade de la qualification du contrat de travail et donc au stade de la qualification du salarié.

Deux thèses se sont alors opposées : la première soutenant que la dépendance économique devrait être un critère de qualification du contrat de travail et la seconde prônant le recours au lien de subordination juridique comme critère.

66. La thèse de la dépendance économique consiste à établir la dépendance économique comme critère du contrat de travail. Il convient de souligner que la définition de la dépendance économique telle qu'elle est envisagée par les militants de cette thèse

⁵¹ M. COURTES, *Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats*, Thèse Montpellier, 1999.

présente des similitudes notables avec la dépendance économique en droit de la concurrence. En effet, le Professeur Paul CUCHE estime qu'il y a dépendance économique quand « *celui qui fournit le travail en tire son unique ou du moins son principal moyen d'existence et quand d'autre part celui qui paye le travail utilise entièrement et régulièrement l'activité de celui qui le fournit* »⁵². La similitude avec le critère de l'absence de solution équivalente pour la dépendance économique en droit de la concurrence est évidente. D'ailleurs, il semblerait que l'un des critères de la dépendance économique telle qu'il est envisagé à travers le droit du travail soit l'absence de solution équivalente.

Dans la même optique, Henri PERREAU considère qu'« *il faut rechercher si l'une des parties peut, ou non à raison des circonstances et particulièrement de la continuité des rapports économiques être considérée comme étant au service de l'autre* »⁵³.

De même, la caractérisation de la dépendance économique en droit du travail appelle à l'analyse des circonstances extérieures c'est-à-dire à la situation économique et sociale des parties, ainsi, que les liens financiers et économiques qu'elles entretiennent, et de étudiées à travers le critère de la durabilité. Ainsi, la dépendance économique se définit par des critères très proches voire même similaires à ceux de la dépendance économique en droit de la concurrence.

67. Le but de la théorie de la dépendance économique est d'élargir l'application des règles sociales et donc la définition de salarié à des personnes n'étant pas en situation de subordination juridique mais qui sont en situation de dépendance économique vis-à-vis d'une autre personne. Ainsi, dès lors que l'une des personnes se trouve en dépendance économique telle qu'elle a été définie préalablement, elle sera qualifiée de salarié et pourra bénéficier des règles sociales. Pourtant cette théorie a été rejetée en raison de ses conséquences.

⁵² P. CUCHE, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Rev. crit.*, 1913, p. 412.

⁵³ H. PERREAU, *Le contrat de travail et le Code civil*, Alcan, Paris, 1908, p. 85.

68. En effet, elle emporte deux conséquences nuisibles. La première conséquence consiste à rejeter, comme l'énonce le Professeur Thierry REVET, « *le mécanisme contractuel comme cadre d'existence des rapports de travail : se fondant sur la situation sociale des parties. (...) La qualification ne découle pas de l'examen des droits et devoirs des partenaires mais du fait de travailler dans des conditions révélant un besoin de la rémunération et un état d'employeur et de salarié* »⁵⁴. Or la qualification du contrat de travail et donc de salarié doit découler de l'étude des droits et des obligations de chaque cocontractant⁵⁵ et des modalités réelles d'exécution du contrat. Il faut que la source du contrat de travail soit le contrat et non pas la situation économique et sociale des parties ou du moins uniquement.

L'autre conséquence néfaste est le recours exclusif à la situation économique et sociale des personnes. La théorie a pour conséquence de prendre en compte des personnes en situation de dépendance économique mais ne peuvent être considérées comme des salariés et inversement, elle a pour conséquence de ne pas prendre en compte des personnes qui sont dans un lien de subordination juridique et qui pourraient être considérés comme des salariés.

69. Ainsi, la théorie de la dépendance économique, prévoyant comme critère principal de qualification du contrat de travail la dépendance économique, a été écartée au profit de la théorie du lien de subordination juridique. En raison des critères exclusivement économiques qui découlent de l'application de la notion de dépendance économique, elle n'a pas été retenue comme critère de qualification du contrat de travail. Toutefois, la dépendance économique est un critère qui permet d'octroyer un régime protecteur dès lors qu'une personne est en situation de dépendance économique. Aussi, le Droit du travail a tenté de prendre en compte la dépendance économique comme moyen critère d'octroi d'un régime de protection.

⁵⁴ T. REVET, *La force de Travail*, L.G.D.J., Paris, 1992, n° 133.

⁵⁵ M. COURTES, *Ibid*, p. 31, §39.

70. Ici, la dépendance économique est utilisée en tant que critère du lien de subordination juridique et en tant qu'indice permettant la qualification d'une relation salariale avec la méthode du faisceau d'indices.

En effet, la Cour de cassation affirme que le lien de subordination juridique est le critère retenu pour qualifier le contrat de travail : « *la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminé par la faiblesse ou la dépendance économique de ce travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties... La qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* »⁵⁶.

La dépendance économique ne permet pas à elle seule de caractériser le contrat de travail mais elle permet d'octroyer un régime de protection. En effet, en raison de cette situation de dépendance économique, le salarié peut bénéficier d'un régime qui lui assure une protection tout au long du lien contractuel. Lors de la formation du contrat, il est protégé notamment par des impératifs de forme et par une obligation d'information. Il est protégé lors de l'exécution du contrat par l'octroi d'un salaire minimum (SMIC) et d'un salaire constant et mensuel, ainsi que de nombreuses indemnités et de protection de tout ordre. Lors de la cessation des relations, il est entre autres protégé par un préavis obligatoire, le mécanisme de licenciement sans cause réelle et sérieuse, des indemnités de licenciement, de préavis...

Malgré la protection offerte au salarié, il n'est pas protégé par la contrainte économique. Ainsi, le régime protecteur n'est pas en soit suffisant pour sanctionner la contrainte économique.

71. Il faut préciser que certains ont même tenté d'utiliser la dépendance économique comme critère d'un droit des contrats de dépendance. Cette thèse est soutenue par le Professeur Georges VIRASSAMY pour qui la dépendance économique doit être le critère d'un droit des contrats de dépendance. Le seul critère des contrats de dépendance est la dépendance économique. Le Professeur Thierry REVET souligne que : « *les relations de*

⁵⁶ Req., 28 juillet 1924, *S.*, 1925, I, p. 183 ; Civ., 24 avril 1925, *DP*, 1931, IV, p. 97 ; Civ., 29 avril 1929, *DP*, 1930, I, p. 6 ; Civ., 6 juillet 1931, *DP*, 1931, p. 121 ; *Gaz. Pal.* 1931, I, p. 81.

dépendance sont (...) dominées par l'inégalité de puissance, de la négociation précontractuelle à la cessation du contrat en passant par son exécution »⁵⁷.

Le Professeur Georges VIRASAMMY définit les contrats de dépendance comme étant des « *contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujetti, 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 dépendance* »⁵⁸. Ainsi, cette théorie n'a pas vraiment d'intérêts ici.

72. Face à l'échec du traitement de la contrainte économique par la notion de dépendance économique, le droit du travail se tourne vers la violence pour prendre en compte cette dépendance du salarié et l'éventuelle contrainte économique de l'employeur. En effet, le plus souvent le comportement abusif de l'employeur, condition de la contrainte économique, se caractérise par l'existence de menaces. De plus, la dépendance économique et la violence sont intimement liées elles entretiennent même parfois une certaine confusion (notamment au sein de la jurisprudence civile quant à la question de sanctionner l'état de nécessité ou l'état de dépendance économique à travers la notion de violence morale).

73. Cependant, le recours à la notion de violence morale s'avérant inefficace, les acteurs du droit du travail se sont vers la notion de violence économique.

En effet, en l'absence d'un régime propre, le droit du travail s'est tourné vers la notion de violence. Il y a plusieurs tentatives de définition de la violence au travail.

Le Bureau International du Travail (B.I.T.) considère que la violence est une action ou un comportement « qui s'écarte d'une attitude raisonnable par lesquels une personne est attaquée, menacée, lésée ou blessée dans le cadre ou du fait direct de son travail ». Ainsi,

⁵⁷ T. REVET, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.*, 1997, p. 37.

⁵⁸ G. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », coll. Bibliothèque de Droit privé, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1986, p. 162, n° 226.

il nécessite l'existence d'une contrainte excessive, ou déraisonnable, ou d'une manipulation⁵⁹. Ainsi, le B.I.T. ne définit pas la violence en se limitant à une violence morale ou physique.

74. L'accord du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail considère que : « la violence au travail se produit lorsqu'un ou plusieurs salariés sont agressés dans des circonstances liées au travail. Elle va du manque de respect à la manifestation de la volonté de nuire, de détruire, de l'incivilité à l'agression physique. La violence au travail peut prendre la forme d'agression verbale, d'agression comportementale, notamment sexiste, d'agression physique... »⁶⁰. Ainsi, cet accord ne conçoit pas la violence au travail comme pouvant relever de la contrainte économique.

La violence au travail vise « l'action consistant à faire agir une personne contre son gré en employant la force. A la contrainte explicite peuvent s'ajouter les manipulations diverses conduisant à exposer les salariés à des risques à leur insu »⁶¹.

75. Le recours à ces régimes est peu rigoureux en raison des conditions requises. S'agissant de la violence morale, il faut des menaces illégitimes qui doivent être déterminantes. Les menaces économiques ou l'existence d'une crainte d'un mal menaçant permettent de démontrer le comportement fautif de l'auteur. Comment le salarié pourrait-il apporter la preuve de l'existence de telles menaces ? Il semblerait que la preuve soit difficile voire impossible à apporter.

76. Face à cette difficulté les juges présument le comportement fautif de l'auteur d'un déséquilibre contractuel significatif ou d'un avantage excessif. En effet, il faut apporter la preuve d'un accord déséquilibré. Il semblerait que les juges concluent à l'existence d'une violence en droit du travail en présence d'un déséquilibre excessif contractuel : « le

⁵⁹ S. BRISSY, « Le droit et la violence au travail », *RDT*, 2010, p. 499.

⁶⁰ *Accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail*, 26 mars 2010 transposant la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen transmettant l'accord-cadre sur le harcèlement et la violence au travail du 26 avril 2007, *JOCE*, 8 novembre 2007, n° COM/2007/0686.

⁶¹ S. BRISSY, *op. cit.*, p. 499.

profit excessif retiré du contrat pourrait faire présumer l'abus et donc l'existence d'une contrainte illégitime »⁶². Ainsi, la violence est caractérisée à travers le comportement de l'auteur et à travers ses effets.

77. Cette condition qui n'est ni opportune ni même légitime. En effet, au regard de la finalité de la violence et même de la contrainte économique, elle est inutile à caractériser la contrainte économique et elle a pour conséquence de limiter le champ d'application de la contrainte économique. De plus sa légitimité est discutable. C'est un régime qui semble plus proche de la lésion (accord déséquilibré) que la contrainte économique.

78. Les menaces doivent être illégitimes. Souvent, le caractère illégitime des menaces sera déduit du comportement abusif de l'auteur. Tout comme l'intention de nuire.

Elles doivent être déterminantes. C'est en raison de ces menaces que la personne a consenti à passer l'acte et sans ces menaces elle n'aurait pas consenti.

M. BRISSY considère que ce caractère peut être démontré par l'absence d'alternative⁶³. Pourtant, il semble que là encore une confusion est faite entre l'absence d'alternative qui doit être analysée au stade de l'existence de la dépendance économique et non à ce stade.

79. Les juges font une appréciation trop restrictive et centrés sur les personnes et moins sur les circonstances. Alors même que les notions de violence économique et de contrainte économique sont des notions qui vont appeller forcément à prendre en compte des éléments juridiques mais également économiques en ce sens que ces éléments doivent être appréhendés en fonction d'une analyse économique afin d'appréhender comme il se doit les comportements des cocontractants.

Le Professeur Jean-Pascal CHAZAL estime que la violence entretient une confusion avec les notions de dépendance économique et de déséquilibre de puissance économique entre contractants, d'une part, et d'autre part, avec la notion d'abus, qui se caractérise par le

⁶² S. BRISSY, *Ibid*, p. 499.

⁶³ S. BRISSY, *Ibid*, p. 499.

seul déséquilibre significatif entre les droits et obligations réciproques et la notion de menaces⁶⁴.

80. Certains auteurs considèrent que la violence au même titre que les autres instruments offerts par le droit civil tels que la lésion, la cause, l'enrichissement sans cause... ne sont pas adaptés pour prendre en compte ce type de comportements⁶⁵. Ils proposent donc des alternatives.

Certains recommandent le recours à la notion d'abus de dépendance économique dans laquelle se trouve, selon eux, le salarié pour prendre en compte la contrainte économique. Ils mettent en avant les arguments selon lesquels d'une part, l'abus de dépendance économique est proche de la réalité économique et sociale de l'environnement en cause, et d'autre part, il s'agit d'un instrument de lutte contre la contrainte économique économique qu'il s'agisse « *de(s) comportement(s) comminatoires ou de déséquilibres significatifs inhérents au contrat* »⁶⁶.

Le recours à la notion de dépendance économique pour protéger le salarié de la contrainte économique ne semble pas être une bonne idée car elle est déjà le critère d'octroi d'un régime protecteur qui ne permet pas pourtant de sanctionner les abus de dépendance économique : elle permet uniquement l'octroi d'une protection dès lors que la personne est en situation de dépendance économique.

L'avantage indéniable dans ce régime est la volonté d'appréhender *a priori* d'éventuels abus et de ne pas attendre que ces abus soient réalisés.

81. Le recours à l'abus de dépendance économique telle qu'il était envisagé, sous la loi NRE⁶⁷, au titre des pratiques restrictives de concurrence par le droit de la concurrence, serait envisageable. Les mêmes critiques peuvent être établies : celui de ne prendre en

⁶⁴ J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salariat », *D.*, 2002, chron. p. 1860.

⁶⁵ S. BRISSY, « Le droit et la violence au travail », *RDT*, 2010, p. 499 ; J.-P. CHAZAL, *op. cit.* ; O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », *D.*, 2006, chron. p. 891.

⁶⁶ O. RIVOAL, *op. cit.*

⁶⁷ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

compte que la contrainte économique au stade de la formation de l'acte juridique, l'appréciation de la notion de dépendance économique, la cohérence et l'efficacité des sanctions.

82. Certains proposent la création de nouveaux outils plus adaptés et plus efficaces au contexte socio-économique du droit social et de laisser de côté les vices du consentement⁶⁸. Il s'agit de mécanismes qui relèvent essentiellement du droit civil et qui se fondent sur les articles 1103 ; 1104 ; 1128 du Code civil.

Ces plumes de la doctrine considèrent que la notion de violence est inadaptée au problème et que celle de dépendance économique est trop étreinte⁶⁹.

83. On ne peut que se ranger du même avis que ces auteurs : face à l'impossibilité pour la notion de dépendance économique à sanctionner la contrainte économique et aux difficultés que pose le recours à la notion de violence, il est opportun de ne pas avoir recours à ces notions mais de tenter de nouvelles solutions.

84. D'abord, il est nécessaire d'avoir recours à une notion différente de celle de dépendance économique et de violence économique pour traiter la contrainte économique. De plus, il faut un régime qui sanctionne la contrainte économique à tous les stades du lien contractuel.

85. Malgré les positions divergentes, les plumes de la doctrine s'accordent pour dire que la contrainte économique, en droit du travail, doit être appréhendé à travers la réalité économique et sociale qui conditionne la situation des salariés. Or, le sort du salarié étant intimement lié à celui de l'entreprise, il faut avoir recours à un régime présentant assez de

⁶⁸ J.-P. CHAZAL, *Ibid.*

⁶⁹ J.-P. CHAZAL, *Ibid.*

souplesse pour s'adapter aux évolutions que pourrait rencontrer l'entreprise et à la réalité économique et sociale de l'environnement du salarié.

86. Les autres droits spéciaux se sont emparés de la contrainte économique et ont tenté à leur tour de l'appréhender à travers différents régimes.

87. Ainsi, la France reconnaît l'abus de position dominante en prenant comme exemple d'une part, la législation antitrust Étatsunienne dont le contexte socio-politique était marqué par des mouvements populistes se dressant contre les grandes entreprises, et d'autre part, elle s'appuie, en partie, sur les principes fondateurs de la législation antitrust allemande.

Afin de pallier les lacunes que présente l'abus de position dominante, ne prenant en compte que les situations de position dominante et donc qu'une partie de la contrainte économique, la législation française reconnaît très vite l'abus de dépendance économique.

88. La contrainte économique poursuit sa prolifération au sein des droits spéciaux et particulièrement au sein du droit de la consommation, sous le régime de l'abus de faiblesse ; puis en droit pénal avec l'abus de vulnérabilité.

Contaminé par les droits spéciaux, le droit civil finit par reconnaître (de manière prétorienne⁷⁰ et puis très récemment de manière légale⁷¹) la violence économique. Enfin, depuis peu d'années, le droit du travail et le droit bancaire ont recours à la violence économique pour prendre en compte la contrainte économique. Cette propagation n'ait qu'à un stade embryonnaire.

⁷⁰ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*.

⁷¹ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35 (art. 2).

Malgré la multiplication des régimes entendant traiter les situations de contrainte économique, la reconnaissance de la contrainte économique est induite. Les juges de la Haute Cour ont, lors de la consécration de la violence économique, fait référence pour la première à la contrainte économique en la rattachant à la violence et non à la lésion. En effet, la contrainte économique est toujours envisagée à travers d'autres notions et jamais en tant que telle.

89. Tentative de traitement de la contrainte économique par le droit progressif⁷².

Vingt-trois siècles après les premières tentatives de réception de la contrainte économique par les juristes Romains, la contrainte économique, est une inquiétude pour les juristes qui ne parviennent pas à la prendre en compte correctement. Elle reste encore aujourd'hui est un défi pour l'avenir.

90. Les avants-projets de réforme du droit des contrats en droit interne et en droit européen et les principes européens ont tous tenté d'appréhender au mieux la contrainte économique.

91. En effet, le projet CATALA reconnaît la violence économique à l'article 1114-3 : « *Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique* »⁷³.

⁷² Le terme « droit progressif » renvoie à toutes les forces de proposition relatives à la réforme du droit des contrats (en droit interne et en droit européen). Notion empruntée à Jean Servais Nypels (Le droit pénal français - progressif et comparé).

⁷³ (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005 (art. 114-3).

92. Le projet de la CHANCELLERIE reconnaît la violence économique à l'article 63 : *« il y a également violence lorsqu'une partie abuse de la situation de faiblesse de l'autre pour lui faire prendre, sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, un engagement qu'elle n'aurait pas contracté en l'absence de cette contrainte »*⁷⁴.

93. Le projet TERRE⁷⁵ traite la contrainte économique à l'article 66 : *« lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée retire du contrat un avantage manifestement excessif la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat »*⁷⁶. Ainsi, le projet TERRE entend traiter les situations de contrainte économique au titre de la lésion qualifiée.

94. Le droit progressif français n'est pas le seul à tenter d'appréhender la contrainte économique. La lutte contre la contrainte économique est également un sujet de préoccupations au niveau européen.

95. Le projet LANDÖ⁷⁷ fait le choix tente d'appréhender la contrainte économique au titre de la lésion qualifiée au sein de l'article 4.109 intitulé « profit excessif ou avantage déloyal » prévoit qu'*« une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant donné*

⁷⁴ *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009.

⁷⁵ (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

⁷⁶ Art. 66 du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

⁷⁷ (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif».

96. De même, le projet GANDOLFI⁷⁸ envisage la contrainte économique au titre de lésion qualifiée. L'article 30-3 du Projet GANDOLFI intitulé « Contenu licite et non-abusif » énonce qu' « *est rescindable, comme il est prévu à l'article 156, tout contrat par lequel une des parties, abusant de la situation de danger, de nécessité, d'incapacité de comprendre et de vouloir, d'inexpérience, d'assujettissement économique ou moral de l'autre partie, fait promettre ou fournir à elle-même ou à des tiers une prestation ou d'autres avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés par rapport à la contrepartie qu'elle a fournie ou promise* ».

97. Les principes UNIDROIT⁷⁹ sanctionnent la contrainte économique par le biais de la lésion qualifiée au titre de l'article 3.2.7 intitulé « avantage excessif » qui prévoit que : « *la nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération : a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première ; et b) la nature et le but du contrat. 2) Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale. 3) le tribunal peut également adapter le contrat ou la clause à la demande de la partie ayant reçu une notification d'annulation pourvu que l'expéditeur de la*

⁷⁸ (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001.

⁷⁹ *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT < <http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

notification en soit informé sans tarder et qu'il n'ait pas agi raisonnablement en conséquence. Le paragraphe 2 de l'article 3.2.10 est alors applicable ».

98. Le traitement de la contrainte économique par le droit progressif est critiquable à plusieurs égards. Or, le choix des instruments pour traiter des situations de contrainte économiques est critiquable.

Le Projet CATALA et le Projet de la CHANCELLERIE retiennent la contrainte économique au titre de la violence économique. Les projets de réforme en droit européen et les principes européens ainsi que le projet TERRE font le choix de traiter les situations de contrainte économique au titre de la lésion qualifiée. Il faut souligner à titre indicatif que l'ordonnance du 10 février 2016⁸⁰ portant réforme du Droit des contrats fait le choix de la violence économique pour traiter la contrainte économique.

99. En effet, la lésion qualifiée répond à une finalité différente de celle de la lutte contre la contrainte économique. La lésion qualifiée repose sur une approche libérale de la contrainte économique c'est-à-dire une approche qui se focalise les conséquences du rapport contractuel. L'objectif poursuivi par la lésion qualifiée est la recherche de l'équilibre contractuel, de l'efficacité économique et donc la préservation du rapport contractuel. En conséquence, le choix des conditions et des sanctions des régimes consacrant la lésion qualifiée comme instrument de sanction des situations de contrainte économique est dicté par cette logique.

100. Bien que la violence économique poursuit la même finalité que celle de lutte contre la contrainte économique, le domaine d'application de la violence économique tend à freiner considérablement le traitement de la contrainte économique. De même, le choix des conditions et des sanctions des régimes consacrant la violence économique comme instrument de réception de la contrainte économique est dicté par la logique et la finalité

⁸⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

poursuivie par la violence économique et il est marqué par le particularisme du droit civil. Ainsi, ici, les limites des régimes de la violence économique et de la lésion qualifiée vont impacter directement le traitement de la contrainte économique.

101. En somme, le droit progressif français ou européen consacre de nombreuses erreurs. Elles entraînent une réception incohérente et inefficace des abus de déséquilibre des forces économiques.

102. Les Droits étrangers semblent rencontrer autant de difficultés à appréhender la notion de contrainte économique et à traiter efficacement les situations de contrainte économique que le droit positif et progressif.

103. Tentative de traitement de la contrainte économique par les Droits étrangers.

Les pays étrangers ont également pris conscience de l'importance de la contrainte économique et se sont interrogés sur la manière de recevoir les situations de contrainte économique. En effet, il ressort de l'étude du droit comparé⁸¹ que bon nombre de droits étrangers reconnaissent la contrainte économique.

104. Le *Common Law* tente de traiter les situations de contrainte économique au titre de l'*economic duress*. Il s'agit d'une conception de la contrainte économique assez proche de celle du Droit français de la violence économique.

Les juges annulent le contrat « *quand les parties ne sont pas sur un pied d'égalité, c'est-à-dire quand l'une a un pouvoir de négociation tellement fort et l'autre tellement faible qu'en toute justice, il n'est pas bien de laisser le plus fort pousser le plus faible au pied du mur* »⁸². Ils retiennent la nécessité de démontrer que le consentement a été vicié voire

⁸¹ Pour l'ensemble de la question, v. : J.-P. CHAZAL, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.*, 2000, chron. p. 879 et s.

⁸² *Lloyds Bank Ltd c/ Bundy*, 1974, 3 WLR 501, 1975 QB 326, opinion de Lord Denning, in *Les grands arrêts de la common law*, vol. 2 : Les contrats, Bruylant, Y. Blais, 1999, p. 45.

même que le consentement est absent car donnée sous la contrainte. Seule la contrainte explique alors que le consentement a été donné.

Dans l'arrêt PAO ON v/ LAU YIU LONG⁸³, le juge réclame la réunion de plusieurs conditions pour que l'*economic duress* soit caractérisée. Il faut démontrer l'existence d'une solution alternative satisfaisante pour la victime, l'existence de protestations faites par la victime lors de la formation de l'acte juridique et si la victime à chercher à éviter, en prenant des mesures, l'exécution de l'acte juridique une fois ce-dernier conclu.

105. Ce régime est critiquable à plusieurs égards. D'abord, il convient de noter que ce régime en pratique ne concerne que les modifications contractuelles. Autrement dit, il est réservé à l'exécution du contrat et non pas à la formation et à l'extinction du rapport contractuel.

Par ailleurs, il est dangereux, pour la sécurité juridique, d'annuler systématiquement les contrats passés par des contractants qui n'ont pas le même poids économique au risque de porter une atteinte trop grande à la sécurité juridique et de vider la matière contractuelle (liberté contractuelle, liberté de contracter, de choisir son partenaire, de contracter aux termes souhaités, force obligatoire des contrats...).

106. Enfin, bien qu'il soit précisé que le rapport de force doit être significativement inégal, les juges présumeront l'existence d'un abus de ce rapport de force inégal et de l'existence d'un déséquilibre contractuel dès lors que le rapport de force est significativement inégal et qu'il semble que la victime a été forcée d'accorder son consentement en raison de la contrainte. La présomption reste dangereuse, elle est à éviter.

107. Le Droit Québécois⁸⁴ tente de traiter les situations de contrainte économique via une forme de lésion qualifiée mais « présumée » ! L'article 1406 alinéa 1^{er} du Code civil du

⁸³ Comité judiciaire du Conseil privé, 9 avril 1979, Pao on v/ Lau Yiu Long, *Judicial Committee of the Privy Council, Hong Kong*, <<http://privycouncilpapers.exeter.ac.uk>>.

⁸⁴ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^{ème} éd., Yvon Blais, Cowansville, 1998, n° 266.

Québec réclame que « *la lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties, le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation* ».

108. Le choix de cet instrument pour traiter de la contrainte économique est critiquable.

D'abord, le choix des termes pose problème. Qu'entendre par « exploitation » : exploitation abusive ou jeu commercial normal ? Cette question est loin d'être uniquement sémantique. Elle est essentielle. Elle est même au coeur de la présente étude.

Ensuite, ici, la lésion sanctionne davantage le déséquilibre contractuel que l'abus d'un déséquilibre structurel. Ce qui est sanctionné ce n'est pas l'exploitation elle-même mais seulement la disproportion entre les prestations des parties. Aussi, cet instrument ne poursuit pas la même finalité que celle de la lutte contre la contrainte économique.

Par ailleurs, la lésion est qualifiée uniquement lorsque l'exploitation entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties. Aussi, toutes les situations de déséquilibre contractuel résultant d'une exploitation ne sont pas concernées. Seul le déséquilibre contractuel important est sanctionné, alors même que le déséquilibre contractuel moindre découle d'une exploitation et il devrait être sanctionné en raison de l'exploitation elle-même.

Enfin, s'agissant de la présomption, elle est à déplorer. Elle n'est pas présumée d'un déséquilibre structurel et d'un résultat comme c'est le cas, dans la pratique, en Droit français ou d'un déséquilibre significatif de force entre les contractants comme c'est le cas pour l'*economic duress* au sein du *Common Law*. Ici, la présomption porte sur l'exploitation abusive dès lors qu'un déséquilibre contractuel dit « important » est relevé. Cette présomption entraîne une insécurité juridique bien trop grande et inacceptable.

Aussi, le recours à un tel régime pour traiter la contrainte économique est à déplorer.

109. Le Tribunal constitutionnel allemand a déclaré que les tribunaux ont « *le devoir de veiller à ce que les contrats ne servent pas à assurer la domination d'une partie sur une autre. Ils doivent rechercher si la régulation contractuelle est le résultat d'un rapport de*

force structurel et le cas échéant la corriger par l'utilisation des concepts généraux du droit civil »⁸⁵.

L'approche du Droit allemand semble plus juste dans le sens où le tribunal constitutionnel allemand imposait de rechercher les problèmes posés par un rapport de force structurel. Cependant, les instruments auxquels le droit allemand a recours, c'est-à-dire la bonne foi et la lésion, ne sont pas satisfaisants pour corriger ce rapport de force inégal.

110. Trop dogmatique et entachée d'une approche purement civiliste, la bonne foi ne saurait prendre en compte de manière efficace la contrainte économique. C'est une notion floue qui n'est pas suffisamment déterminée et structurée. Il n'existe pas véritablement de critères pour une mise en application dans le cadre de la lutte contre la contrainte économique. De même, la lésion poursuivant une finalité différente de celle de la lutte contre la contrainte économique, cet instrument n'est pas adéquat pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel.

111. A l'instar du Droit français, les droits étrangers rencontrent de nombreuses difficultés à traiter correctement la contrainte économique.

La plupart de ces droits étrangers traitent la contrainte économique soit en la rattachant à la lésion soit en présumant son existence d'un rapport de force inégal ou d'un déséquilibre contractuel.

La nécessité d'avoir recours à la présomption met en lumière la difficulté de prendre en compte la contrainte économique. Par ailleurs, le choix d'instruments pour sanctionner la contrainte économique mais dont la finalité est différente de celle de la contrainte économique ou qui ont pour conséquence de freiner la prise en compte de la contrainte économique s'explique essentiellement par le fait que la notion de la contrainte économique est mal appréhendée.

⁸⁵ J.-P. CHAZAL, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.*, 2000, chron. p. 879 et s.

112. En somme, la contrainte économique reste un défi global qui a depuis toujours intrigué les juristes, qui continue aujourd'hui d'inquiéter les différentes communautés juridiques (française, européen et étrangères...) et qui interroge également l'avenir. En effet, bien que les juristes aient pris conscience de la nécessité de reconnaître la contrainte économique, ils ont échoué jusqu'à présent à proposer une réception claire, cohérente et efficace aux abus de déséquilibre structurel.

TITRE III. L'ÉCHEC DE LA RÉCEPTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT

113. Force est de constater que malgré ces plusieurs siècles de tentatives de traitement, de manière éparse et indirecte c'est-à-dire à travers différents régimes, la réception de la contrainte économique est un échec.

114. Le législateur semble être désarmé et dépassé face à la menace que représente la contrainte économique. Effectivement, d'abord, certains ont souhaité traiter la contrainte économique au titre de mécanismes traditionnels de droit civil.

115. Or, certains des mécanismes traditionnels du droit civil sont inappropriés aux caractéristiques de la contrainte économique.

C'est le cas de la bonne foi. En raison de sa nature dogmatique, elle manque de structure, de corps, de critères, et de critères objectifs pour une mise en pratique de cette notion, particulièrement floue, afin de traiter la contrainte économique.

C'est également le cas de la théorie de l'abus de droit. En effet, l'abus dans la contrainte économique est un abus d'ordre économique car il s'agit d'une exploitation abusive d'une

situation économique dans un but purement économique, contrairement à la théorie de l'abus de droit où l'abus relève d'une prérogative juridique.

116. Certains des mécanismes traditionnels sont inappropriés à l'objet de la contrainte économique. En effet, leur finalité diffère de celle de la lutte contre la contrainte économique. C'est le cas de la cause dont le but est de sanctionner l'absence d'équivalence. Il en est de même pour la lésion et la théorie de l'imprévision qui sanctionnent un déséquilibre contractuel.

117. Aucune des « armes » traditionnelles du droit ne suffit à sanctionner correctement la contrainte économique. Aussi, le législateur s'est d'abord tourné vers certains mécanismes des droits spéciaux.

118. Le législateur a tenté dans un premier temps de traiter les situations de contrainte économique en sanctionnant le « simple » déséquilibre structurel. Ainsi, le législateur a tenté de prendre en compte la contrainte économique au titre de la position dominante et au titre de la dépendance économique.

119. En effet, le législateur français avait consacré le contrôle de la position dominante dans l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix⁸⁶. Il y avait ajouté l'alinéa suivant : « *Sont prohibées dans les mêmes conditions les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché* »⁸⁷.

⁸⁶ Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 (art. 50).

⁸⁷ Art. 3 de la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915 complétant l'art. 59 bis de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150.

120. Dans la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence⁸⁸, il reconnaît l'état de dépendance économique comme une circonstance aggravante du délit de pratiques discriminatoires de vente.

La volonté du législateur de saisir les situations de contrainte économique en s'attachant à sanctionner uniquement le « simple » déséquilibre structurel est contraire à la logique de la lutte contre la contrainte économique.

121. Par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁸⁹, le législateur consacre enfin l'exploitation abusive de position dominante et l'exploitation abusive de dépendance économique. L'article 8 de la présente ordonnance déclare qu'« *est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : 1) d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ; 2) 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 discriminatoire ainsi que dans la rupture des relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* »⁹⁰. Il sanctionne ainsi pour la première fois l'abus d'un déséquilibre structurel et non plus le déséquilibre structurel lui-même.

122. Après avoir tenté de prendre en compte les situations de contrainte économique en sanctionnant les déséquilibres structurels, le législateur très récemment, tente de prendre en compte la contrainte économique en sanctionnant un déséquilibre contractuel important.

⁸⁸ Loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, *JORF*, 31 décembre 1985, p. 15513 (art. 1^{er}).

⁸⁹ Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 (art. 8).

⁹⁰ Art. 8 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 codifié à l'article L.420-2 du C. com.

En effet, c'est le cas et le sens des régimes relatifs au déséquilibre significatif prévus à l'article 1171 du Code civil et à l'article L.442-6 I, 2° du Code de commerce.

En effet, l'article 1171 du Code civil adopté par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats⁹¹ déclare 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* ».

L'article L.442-6 I, 2° du Code de commerce déclare qu'« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par 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* ».

123. L'article L.442-6 I, 2° b) du Code de commerce consacrait le régime de l'abus de dépendance économique sous la loi NRE⁹² prévoyait, en plus du régime relatif à l'abus de l'état de dépendance économique au titre des pratiques anticoncurrentielles, un régime similaire au titre des pratiques restrictives de concurrence. Par manque d'efficacité, le législateur supprime ce régime et le remplace par le régime relatif au déséquilibre significatif prévu par la loi LME⁹³.

124. Cette modification du régime de l'abus de dépendance économique en faveur du régime du déséquilibre significatif au sein même de l'article L.442-6 I, 2° n'est pas anodine. Elle révèle l'échec du législateur à traiter efficacement les situations de contrainte économique. Le législateur a remplacé le régime relatif à l'abus de dépendance économique par le régime relatif au déséquilibre significatif afin de traiter plus efficacement les situations de contrainte économique. Aussi, au lieu de prendre en compte la contrainte économique directement, le législateur fait le choix de traiter indirectement

⁹¹ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁹² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

⁹³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite loi LME), *JORF*, 5 août 2008, n° 0181, p. 12471.

et en amont la contrainte économique. Autrement dit, il préfère traiter les conséquences d'une situation de contrainte économique que la contrainte économique *per se*. Le législateur tente de paralyser les effets d'une situation de contrainte économique afin de priver d'effet un abus de déséquilibre structurel. Ainsi, le législateur sanctionne indirectement l'existence d'une situation de contrainte économique en sanctionnant directement les effets de cette situation de contrainte économique.

125. Cette démarche est à déplorer car le régime du déséquilibre significatif et la lutte contre la contrainte économique ne poursuivent pas la même finalité. La lutte contre la contrainte économique tend à sanctionner l'abus d'un déséquilibre structurel alors que le déséquilibre significatif sanctionne un déséquilibre contractuel conséquent. Le recours au déséquilibre significatif peut être conçu dans une vision plus générale et globale de lutte contre la contrainte économique pour compléter ou accompagner un traitement direct des situations de contrainte économique. Cependant, le recours à ce régime comme traitement direct de la contrainte économique est à écarter.

126. En définitive, les juristes ont tenté de traiter les abus de déséquilibre structurel soit en prenant en compte la cause d'une situation de contrainte économique en sanctionnant, en amont d'une situation de contrainte économique, le « simple » déséquilibre structurel ; soit en prenant en compte la conséquence d'une situation de contrainte économique en sanctionnant, en aval d'une situation de contrainte économique, un déséquilibre contractuel significatif. Ces tentatives de prendre en compte la contrainte économique sont vaines et constituent un échec. Ces mécanismes sont illégitimes et inopportuns à sanctionner la contrainte économique. En effet, ils ne poursuivent pas la même finalité et ne s'inscrivent dans la même logique que celle de la contrainte économique. Ils n'ont pas les effets escomptés.

127. A côté de ces mécanismes, le législateur a également tenté de prendre en compte les abus de déséquilibre structurel ayant recours aux régimes constituant le socle de la réception actuelle de la contrainte économique.

Contrairement aux tentatives précédentes, ici, le législateur traite la contrainte économique directement ni en amont en prenant en compte la cause d'une situation de contrainte économique ni en aval en sanctionnant les conséquences d'une situation de contrainte économique mais directement la situation de contrainte économique et par des mécanismes dont la finalité et la logique s'inscrivent dans celle de la lutte contre la contrainte économique.

128. L'exploitation abusive de position dominante⁹⁴ est sanctionnée depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁹⁵. Ce régime est codifié à l'alinéa 1^{er} l'article L.420-2 du Code de commerce qui la réprime l'abus de position dominante en tant que pratique anti-concurrentielle : « *Est prohibée dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : 1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celle-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ».

Le domaine d'application de l'abus de position dominante est assez large. Ce régime concerne aussi bien les relations contractuelles que les relations extra-contractuelles c'est-à-dire le domaine concurrentiel.

129. La finalité de l'abus de position dominante est la protection des agents économiques, de leur liberté de choix économique et donc de leur comportement économique.

Il s'agit de préserver ce choix face à une entreprise en position dominante qui, par nature, peut se soustraire de toute concurrence et dicter le comportement économique et donc

⁹⁴ La position dominante a été introduite en Droit Français par la Loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915 (art. 3, I). Seule la position dominante était alors sanctionnée, sans nécessité de donner les preuves d'une exploitation abusive. Ce n'est qu'en 1986, que l'exploitation de la position dominante.

⁹⁵ Art. 8, §1 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 : « *Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises, 1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* ».

mettre à mal la liberté de choix économique de l'entreprise dominée et ainsi altérer son consentement.

130. Le but étant de sanctionner les personnes en situation de puissance économique abusant de leur pouvoir, pour dicter le choix ou le comportement économique des autres agents économiques, de les rendre dépendants ou de dicter leur comportement, en tentant de les évincer du marché ou d'empêcher leur entrée sur ce-dernier. L'objet du régime relatif à l'abus de position dominante est de préserver la liberté de choix économique des agents économiques, leur indépendance et leur existence sur un marché. Ainsi, l'objectif premier de ces dispositions était la protection des partenaires plus que la protection de la concurrence elle-même à l'instar de la législation européenne belge, hollandaise, allemande).

131. Les règles sur les abus de position dominante sont apparues dans les différents états membres de l'Union Européenne après la Seconde Guerre mondiale.

En effet, les allemands considéraient que la liberté est assurée uniquement en cas de concurrence effective. Ils estiment que la concurrence effective, qui se situe entre la concurrence pure et parfaite et le monopole (barrières à l'entrée du marché...) est la garante de la liberté économique des agents. Elle préserve les agents des abus de pouvoir des entreprises dominantes.

132. Ainsi, le but initialement poursuivi par la réglementation relative à l'abus de position dominante était d'éviter que l'entreprise en position dominante n'entrave par son existence ou son comportement sur le marché la liberté des autres agents économiques qu'ils soient partenaires économiques ou concurrents. Il s'agit, plus précisément, de protéger la partie se trouvant face à un partenaire qui jouit d'une telle puissance économique qu'il entrave son choix économique. Donc, l'objectif est bien celui de protéger le consentement de la partie faible des agents économiques.

133. Pourtant, très vite, en raison des considérations économiques, l'objectif se déplace de la protection du consentement des plus faibles à la protection de la concurrence, à la recherche de l'efficacité économique, et ce, par le biais des mesures antitrust.

134. Ce changement d'objectif se manifeste par la loi du 2 juillet 1963⁹⁶ de finances qui vise à sanctionner tous comportement d'une entreprise en position dominante dès lors que ce comportement entrave la concurrence.

Cette tendance est confirmée, une première fois, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁹⁷ qui réprime l'abus de position dominante en tant que pratique anticoncurrentielle. Puis, une seconde fois, par la même ordonnance qui place également l'abus de dépendance économique au sein des pratiques anti-concurrentielles ! Le but des réglementations relative à l'abus de position dominante et à l'abus de dépendance économique s'est fondu dans celle du droit de la concurrence au point qu'elle perde sa finalité originale et adopter celle de la matière !

135. Les pratiques anticoncurrentielles s'inscrivent dans une logique concurrentielle. Or, la finalité des pratiques prévues à l'article L.420-2 du Code de commerce s'inscrivent dans une logique contractuelle. Cette inadéquation entre la finalité des pratiques anti-concurrentielles et celle de l'abus de position dominante se ressent sur les conditions et les sanctions du régime qui présentent certaines incohérences et qui ont pour conséquence de rendre le régime de l'abus de position dominante peu efficace dans la lutte contre la contrainte économique.

En effet, l'atteinte à la concurrence est requise comme condition alors même qu'elle semble être inutile dans la caractérisation de la contrainte économique bien que contrainte. Au contraire, elle tend à la desservir. De plus, parfois un abus objectif

⁹⁶ Art. 3, 1 de la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915 : « *Sont prohibées dans les mêmes conditions les activités d'une entreprise ou de groupe d'entreprise occupant sur le marché intérieur une position dominante caractérisée par un monopole ou par une concentration manifeste de puissance économique lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché* ».

⁹⁷ Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 (art. 8, 1) et, est codifié à l'al. 1^{er} de l'art. L.420-2 du C. com.

caractéristique d'une logique concurrentielle est requis, alors que parfois, c'est un abus subjectif caractéristique de la logique contractuelle qui doit être démontré.

136. L'abus de dépendance économique est sanctionné depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁹⁸. Il est codifié à l'alinéa 2nd de l'article L.420-2 du Code de commerce en tant que pratique anti-concurrentielle : « *Est en outre prohibée, 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. 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* ».

137. Le régime relatif à l'abus de dépendance économique ayant été créé pour pallier les lacunes de l'abus de position dominante dont le domaine d'application était par nature limité aux cas où l'entreprise détient une position dominante, sa finalité rejoint celle de l'abus de position dominante. Autrement dit, le but était de protéger la liberté de choix économique et donc le consentement des agents économiques, partenaires de l'entreprise en situation de puissance économique qui abuse de son pouvoir afin de dicter le comportement des agents économiques. Même si, en figurant au titre des pratiques anticoncurrentielles, il a hérité comme finalité de protéger la concurrence. La finalité initiale et l'esprit de la réglementation de l'abus de dépendance économique reste la protection du consentement de la victime.

138. En effet, l'abus de dépendance économique est, initialement, envisagé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 comme une pratique anticoncurrentielle. Puis, la loi NRE du 15 mai 2001⁹⁹ consacre l'abus de dépendance économique au titre des pratiques

⁹⁸ Art. 8, 2 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 : « *Est prohibée, dans les mêmes conditions, 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 qui ne dispose pas de solution équivalente* ».

⁹⁹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

restrictives de concurrence¹⁰⁰. L'abus de dépendance économique a alors une double nature. Entre 2001 et 2008, il peut être sanctionné aussi en tant que pratique anti-concurrentielle au titre de l'article L.420-2, alinéa 2 du Code de commerce et en tant que pratiques restrictives de concurrence au titre de l'article L.442-6 I 2° b) du Code de commerce.

Enfin, la loi LME du 4 août 2008¹⁰¹ supprime l'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence et le remplace par le régime du déséquilibre significatif¹⁰². Dès lors, seul l'article L.420-2, alinéa 2 du Code de commerce sanctionne l'abus de dépendance économique au titre des pratiques anti-concurrentielles.

139. Le but étant de sanctionner le comportement délictuel de l'auteur qui consiste à tirer profit de la dépendance économique d'un partenaire et de sa puissance économique corrélative, en vue d'accepter des engagements à des termes qu'en temps normal il n'aurait jamais accepté et qui consiste en des avantages sans contreparties, injustifiés, excessifs car l'auteur sait qu'en raison de la dépendance économique de la victime, elle ne pourra pas refuser, de peur de s'exposer à un mal plus grave. Toutefois, comme elle est sanctionnée au titre des pratiques anticoncurrentielles, les conditions et les sanctions portent la marque des pratiques anticoncurrentielles.

¹⁰⁰ Art. L.442-6 I 2° b) du C. com. : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, d'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, notamment en lui imposant des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels ».

¹⁰¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite loi LME), *JORF*, 5 août 2008, n° 0181, p. 12471.

¹⁰² Art. L.442-6 I 2° du C. com. : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par 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 ».

140. La loi n°77-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile¹⁰³ créé le nouveau délit de l'abus de faiblesse¹⁰⁴. S'en suit plusieurs modifications législatives par la loi du 23 juin 1989¹⁰⁵ et celle du 18 janvier 1992¹⁰⁶ qui élargissent le domaine d'application de l'infraction).

Suite à la création du Code de la consommation par la loi du 26 juillet 1993¹⁰⁷, l'infraction a été insérée aux articles L.122-8 à l'article L.122-10 : « *Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte* ».

141. L'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation¹⁰⁸ opère un changement extrêmement mineur. Le régime reste identique. Seule la codification du régime change. Le régime de l'abus de faiblesse est déplacé aux

¹⁰³ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, *JORF*, 23 décembre 1972, p. 13348.

¹⁰⁴ Art. 7 de la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, *JORF*, 23 décembre 1972, p. 13348 : « *Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 3.600 F à 60.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte* ».

¹⁰⁵ Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, *JORF*, 29 juin 1989, p. 8047.

¹⁰⁶ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs (dite loi NEIERTZ), *JORF*, 21 janvier 1992, n° 170017, p. 968.

¹⁰⁷ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation (partie législative), *JORF*, 27 juillet 1993, n° 171, p. 10538.

¹⁰⁸ Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, *JORF*, 16 mars 2016, n° 64.

article L.121-8¹⁰⁹ à L.121-10 du Code de la consommation. Les sanctions sont prévues aux articles L.132-13 à L.132-15.

142. La finalité poursuivie par l'abus de faiblesse est incontestablement la protection des consommateurs. Il sanctionne le comportement d'une personne qui tire profit de la faiblesse économique, intrinsèque ou extrinsèque afin de la pousser à accepter la conclusion d'engagements injustifiés, excessifs, sans contrepartie, alors qu'en temps normal, sans cette faiblesse, elle n'aurait jamais accepté de s'engager à ces termes.

In fine, il s'agit, évidemment, de protéger le consentement du consommateur dont l'intégrité est atteinte dans sa dimension volitive et/ou dans sa dimension réflexive.

La finalité s'inscrit dans une logique contractuelle mais purement consumériste. Ce régime ne protège que le consommateur et ne concerne que les relations professionnel/consommateur en mettant de côté les relations entre professionnels et les relations entre particuliers.

De plus, la logique consumériste de ce régime dicte et explique que certaines conditions et sanctions ne soient pas légitimes à connaître une situation de contrainte économique. Elles sont, par ailleurs, inopportunes. Elles tendent à freiner la réception de la contrainte économique.

143. Le Code pénal de 1810¹¹⁰ incriminait une sorte d'abus de faiblesse à l'égard des mineurs qui s'apparentait à l'abus de confiance. Le nouveau Code pénal de 1992¹¹¹

¹⁰⁹ Art. L.121-8 du C. cons. : « Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ».

¹¹⁰ Art. 406 du C. pén. (de 1810) : « Quiconque aura abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur, pour lui faire souscrire, à son préjudice, des obligations, quittances ou décharges, pour prêt d'argent ou de choses mobilières, ou d'effets de commerce et de tous autres effets obligatoires, sous quelque forme que cette négociation ait été faite ou déguisée, sera puni d'un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus, et d'une amende de 3.600 F à 2.500.000 F au plus (...) ».

¹¹¹ Quatre lois portant réforme du Code pénal ont été promulguées le 22 juillet 1992 : Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du Code pénal, *JORF*, 23 juillet 1992, p. 9864 ; Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des

modernise et élargie l'infraction à toute personne vulnérable¹¹². C'est une infraction voisine de celle de l'escroquerie. Il s'agit d'une infraction contre les biens dont le but est la protection du patrimoine des victimes. Cette incrimination tend à protéger mineurs et majeurs **particulièrement vulnérable contre des abus** frauduleux pouvant leur être **gravement préjudiciables**.

Le législateur voulait également une infraction de manipulation mentale afin de lutter contre les mouvements sectaires. Elle abroge l'article 313-4 et crée l'article 223-15-2¹¹³. La loi n°2001-504 du 12 juin 2001¹¹⁴ élargi davantage le domaine d'application de l'infraction.

144. La lettre de loi ne donne aucune indication quant au domaine d'application. Toutefois, l'esprit de la loi laisse présumer aisément que l'abus de vulnérabilité concerne les relations contractuelles et plus précisément la formation du contrat.

145. L'abus de vulnérabilité a pour objectif de sanctionner la personne tirant profit de l'état de vulnérabilité d'une autre personne pour la pousser à passer un acte ou accepter une abstention afin d'en tirer un avantage économique injustifié, excessif, sans contrepartie qui lui ait plus gravement préjudiciable. Il s'agit de protéger l'intégrité du

crimes et délits contre les personnes, *JORF*, 23 juillet 1992, p. 9875 ; Loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens, *JORF*, 23 juillet 1992, p. 9887 ; Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique, *JORF*, 23 juillet 1992, p. 9893.

¹¹² C. AMBROISE-CASTEROT, *Droit pénal spécial et des affaires*, 2^{ème} éd., coll. Master, Gualino-Lextenso éditions, Paris, 2010, p. 129.

¹¹³ Art. 223-15-2 du C. pén. : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente et connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750000 euros d'amende ».

¹¹⁴ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, *JORF*, 13 juin 2001, n° 135, p. 9337.

consentement des personnes faibles mis à mal dans son élément de liberté et/ou dans son élément intellectuel.

146. Bien que ce régime traite des relations contractuelles, il s'inscrit dans une logique pénaliste. Certaines conditions et sanctions portent la marque du particularisme du droit pénal qui entrave la réception de la contrainte économique.

147. La violence économique est consacrée par la Première Chambre civile de la Cour de cassation consacre dans un arrêt du 30 mai 2000¹¹⁵ : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Elle est venue préciser les conditions de la violence économique dans un arrêt du 3 avril 2002¹¹⁶ : « (...) *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* ». Le gouvernement a consacré légalement la violence économique par l'ordonnance du 10 février 2016 (article 2) codifiée dans l'article 1143 du Code civil qui énonce qu'« *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* ».

148. Il ressort de ces différents régimes que la contrainte économique n'est jamais traitée en tant que telle mais à travers d'autres régimes. Effectivement, ces régimes ont des conditions, des caractéristiques, des finalités et un domaine d'application distincts ! L'absence de tronc commun à la notion de contrainte économique ainsi que le défaut de

¹¹⁵ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur* ».

¹¹⁶ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*.

définition sont d'autant plus manifestes. La nécessité de définir la notion de contrainte économique est d'autant plus pressante.

149. La frénésie législative révèle la difficulté de traiter correctement et efficacement la contrainte économique et l'ampleur du défi que représente la contrainte économique par les juristes.

Malgré la finalité poursuivie par ces régimes, qui est d'une importance fondamentale en matière contractuelle car il s'agit de la protection de l'intégrité du consentement de la partie faible, et malgré la multiplication des régimes traitant de la contrainte économique, force est de constater que la réception actuelle de la contrainte économique est un échec.

150. Effectivement, sur le plan de la théorie, ces régimes semblent incohérents en raison des conditions qui sont soit illégitimes à traiter de la contrainte économique soit elles entraînent des conséquences néfastes c'est-à-dire qu'elles ont pour effet de freiner la réception de la contrainte économique. Par ailleurs, elles sont trop complexes à saisir et dont les critères sont flous voire inexistantes et dont l'appréciation et la définition exacte sont laissées aux magistrats. Par ailleurs, en pratique, les victimes à remplir ses conditions.

151. De plus, en pratique, ces régimes sont très peu sollicités. Par exemple, à titre simplement indicatif¹¹⁷, la faculté de Montpellier en répertorie 12 entre 2001 et 2007 : La DGCCRF ne répertorie que six décisions entre 2001 et 2009 concernant l'art. L.442-6 I 2° b) du Code de commerce relative à l'abus de dépendance économique¹¹⁸. Par ailleurs,

¹¹⁷ Pour davantage de développements sur la question cf. Des remèdes recommandés pour un traitement efficace et cohérent de la contrainte économique.

¹¹⁸ DGCCRF, *rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2008 ; Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2008 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2009 ; Direction Générale de la Concurrence, de la

beaucoup de justiciables abandonnent l'idée de toute action en justice en raison des procédures qu'ils jugent trop longues, complexes, onéreuses et incertaines (en raison de l'aléa juridique et de la subjectivité trop présente au sein de ces régimes quant à la mise en place des conditions). Et, eu égard à la faible opportunité que représente ces régimes pour traiter de la contrainte économique, ils sembleraient qu'ils ne puissent pas offrir une totale satisfaction aux justiciables. En effet, les sanctions ne sont pas dissuasives. Elles sont bien trop dérisoires vis-à-vis du chiffre d'affaires de l'auteur de la contrainte économique¹¹⁹.

152. Force est de constater l'échec de la réception actuelle de la contrainte économique par le Droit. Plusieurs raisons semblent expliquer cet échec. La première raison qui peut être invoquée est le choix d'une réception indirecte de la contrainte économique.

La seconde raison qui peut être invoquée est la différence de finalité et de logique entre, d'une part, les différentes branches du Droit concernées, et d'autre part, les régimes et la lutte contre la contrainte économique. Ce qui aura un impact néfaste sur le choix des conditions et des sanctions de ces régimes et donc sur la réception de la contrainte économique.

153. La troisième raison qui peut être citée est l'incapacité des juristes à définir et appréhender la notion de contrainte économique. La notion de contrainte économique reste après 23 siècles, une énigme pour les juristes. La réception de la contrainte économique par le Droit souffre grandement de l'absence d'un régime commun à la notion de contrainte économique et d'une définition propre.

Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2009 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2010 ; D. FERRE, « Regard sur l'efficacité du titre IV du Code de commerce à l'occasion d'un bilan », *Cah. dr. entr.*, mai 2007, n° 3, dossier 13.

¹¹⁹ Pour davantage de développements sur la question cf. Des remèdes recommandés pour un traitement efficace et cohérent de la contrainte économique.

154. Problématique d'une réception cohérente et efficace de la contrainte économique par le Droit. A l'ère du consumérisme et de la société de surconsommation, les professionnels sont de plus en plus armés face aux consommateurs dans le but de provoquer, et ce, toujours plus rapidement, l'acte de consommation, déployant à cet effet un arsenal de techniques minutieusement établies ; le consommateur est toujours plus sollicité et l'acte d'achat du consommateur est davantage le fruit d'un acte spontané que celui d'une réelle et profonde réflexion ; les réseaux sociaux sont d'autant de relais aux e-shops facilitant le « réflexe d'achat » ; la concentration des richesses est toujours plus intense et ce, entre les mains d'un petit nombre toujours plus restreint ; les rapports de force sont de plus en plus déséquilibrés, la question de la contrainte économique et de sa réception par le Droit est légitime et nécessaire.

155. Il y a urgence et impérativité à traiter convenablement et efficacement les situations de contrainte économique. Autrement dit, un traitement qui permettrait d'établir un régime cohérent fondé sur des conditions claires, utiles à la caractérisation d'une situation de contrainte économique, qui puissent être remplies par les justiciables et qui n'entraveraient pas la réception d'une situation de contrainte économique et offriraient plus de sécurité juridique. Il faut également penser un traitement efficace de la contrainte économique c'est-à-dire un régime suffisamment indemnitaire pour la victime et suffisamment punitif et dissuasif pour l'auteur.

Toutefois, malgré la multiplication des régimes et eu égard à l'importance de la finalité de la lutte contre la contrainte économique, il convient de s'interroger sur la capacité du Droit à connaître des situations de contrainte économique.

156. Aussi la problématique de la présente étude peut s'énoncer ainsi : comment appréhender la contrainte économique ? Cette problématique bien générale abrite deux autres problématiques : Qu'est-ce la contrainte économique ? Quel traitement pour la contrainte économique ?

157. Ainsi, l'étude sur la contrainte économique présente la particularité d'avoir une double problématique. La première problématique porte sur la notion de contrainte économique alors que la seconde concerne le régime de la contrainte économique.

158. S'agissant de la notion, il faudra se demander : Qu'est-ce la contrainte économique ? Autrement dit, comment déterminer un régime commun à la notion de contrainte économique ? Comment définir la notion de contrainte économique ?

159. S'agissant du régime de la contrainte économique, il faudra se demander : Quel traitement pour la contrainte économique ? Autrement dit, comment traiter la contrainte économique ?

160. Il sera nécessaire pour cela de formuler les interrogations suivantes : Quels sont les raisons de l'échec de la réception de la contrainte économique par le Droit ? Faut-il réformer profondément le traitement de la contrainte économique ? Si une réforme du traitement de la contrainte économique est nécessaire alors comment réformer le traitement de la contrainte économique ?

161. En effet, la multiplication des régimes concomitamment à la spécialisation du Droit permet de s'interroger sur l'efficacité de la spécialisation du traitement de la contrainte économique au sein des droits spéciaux. Faut-il conserver la spécialisation de la réception de la contrainte économique ou, au contraire, préférer une généralisation du traitement des abus de déséquilibre structurel ? Dans l'hypothèse où une réception généralisée de la contrainte économique serait retenue, alors il faudrait se demander quelle forme doit revêtir cette généralisation du traitement de la contrainte économique ? Autrement dit, au titre de quelle branche du Droit les situations de contrainte économique doivent-elles être appréhendées ? Cette généralisation doit-elle se faire au titre du droit civil ou au titre d'un des droits spéciaux ? Et puis, quel régime choisir pour traiter des situations de contrainte économique ? La réception de la contrainte économique devrait-elle se faire au titre d'un

régime déjà existant ou au titre d'un nouveau régime ? Si le choix doit porter sur un nouveau régime, alors serait-ce au titre d'un régime propre à la contrainte économique ou serait-ce au titre d'un régime traitant de la contrainte économique par le biais d'une notion différente ?

En définitive, comment appréhender la contrainte économique ?

La présente étude visera à répondre à toutes ses interrogations.

162. Intérêts et enjeux de l'étude. Il ressort de cette problématique que la présente étude a un double intérêt.

163. Elle présente un enjeu qui est purement théorique. Il s'agit d'établir une théorie de la contrainte économique. Autrement dit, il est impératif d'offrir un ancrage identitaire à la notion de contrainte économique qui est morcelée à travers différentes branches du Droit et différents régimes. Elle couvre un nombre important de situation. Or, la disparité de ces situations complique d'autant plus la compréhension de la notion de contrainte économique.

De plus, l'absence d'une notion parfaitement établie et définie joue un rôle crucial et néfaste sur la cohérence et l'efficacité du traitement de la contrainte économique. Il conviendra de tenter de déterminer un régime commun à la notion de contrainte économique c'est-à-dire de déterminer les fondements, la finalité de la lutte contre la contrainte économique, les conditions pour caractériser une situation de contrainte économique. Afin de penser une réception efficace et cohérente des abus de déséquilibre structurel, il sera impératif d'offrir une définition propre à la notion de contrainte économique.

164. Par ailleurs, la présente étude permet également de s'interroger sur un meilleur équilibre entre les dogmes contractuels impératifs que sont la liberté contractuelle, la justice contractuelle et la sécurité contractuelle. Une réception cohérente et efficace de la contrainte économique sera nécessairement le fruit d'un équilibre subtil entre ces

impératifs contractuels. Afin de faire face aux nouveaux défis de la pratique contractuelle, le traitement de la contrainte économique doit être un terrain de conciliation entre ces dogmes contractuels.

165. Enfin, le second intérêt de cette étude est pratique. Il s'agit de comprendre et d'exposer les raisons de l'échec du traitement actuel de la contrainte économique afin d'apporter les aménagements nécessaires dans le but de proposer une réception cohérente et efficace de la contrainte économique et ainsi, protéger au mieux l'intégrité du consentement de la victime dans le cas d'un abus de déséquilibre structurel.

166. Méthode d'analyse de la présente étude. Pour mener à bien cette étude et au vu de la double difficulté que représente le présent sujet, le choix de la méthode d'analyse est crucial. Aussi, une méthode d'analyse minutieuse a été mise en place.

167. S'agissant de la notion de contrainte économique, une analyse linéaire des notions des régimes traitant de la contrainte économique a, d'abord, permis de prendre parfaitement connaissance de ces régimes. Par la suite, une analyse transversale à ces notions a permis d'établir le plus petit dénominateur commun à la notion de contrainte économique, et ainsi, de tracer les contours du régime commun à la notion de contrainte économique.

168. S'agissant du régime de la contrainte économique, de même que pour la notion une analyse linéaire a permis une meilleure compréhension de ces régimes. Puis, une analyse transversale de ces régimes a permis de mettre en exergue les raisons de l'échec du traitement actuel de la contrainte économique et ainsi d'identifier, par la suite, les remèdes à appliquer pour une meilleure réception des abus de déséquilibre structurel.

169. En définitive, aux termes de ces différentes analyses, il ressort que la notion de la contrainte économique est morcelée, fragmentée entre plusieurs branches du Droit. Après 23 siècles de tentatives de traitement des abus de déséquilibre structurel, elle demeure, pour les juristes, un sujet entouré de nombreuses interrogations. C'est une notion particulièrement mal appréhendée. Elle souffre de l'absence d'un régime commun et d'une définition propre. Ainsi, la notion de contrainte économique est une notion dépourvue d'identité (Partie I).

170. Cette crise identitaire impacte considérablement et profondément le traitement de la contrainte économique. Ces différentes analyses mettent en exergue que le traitement de la contrainte économique n'est pas adapté aux caractéristiques et à la finalité de la contrainte économique. La réception de la contrainte économique est grandement affectée par la différence de finalité et de logique entre la lutte contre la contrainte économique et les régimes traitant des abus de déséquilibre structurel d'une part et les branches du Droit aux titres desquels ces régimes sont traités d'autre part. Le particularisme du droit civil et des droits spéciaux affecte considérablement la cohérence et l'efficacité du traitement de la contrainte économique. C'est ainsi que le régime de la contrainte économique est miné par plusieurs maux. Ainsi, il sera nécessaire d'envisager plusieurs remèdes à appliquer à ces maux en vue d'une réception cohérente et efficace de la contrainte économique. Ainsi, le régime de la contrainte économique apparaît comme un régime miné par un mal curable (Partie II).

PARTIE I. LA NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE : UNE NOTION DÉPOURVUE D'IDENTITÉ

171. L'objet de la présente étude, qui est la réception de la contrainte économique par le Droit, impose nécessairement l'étude de la notion de la contrainte économique.

Il est impératif d'étudier la notion de contrainte économique non seulement pour appréhender cette notion dans sa globalité et sa diversité mais également pour comprendre les raisons de l'échec de ce traitement actuel de la contrainte économique dans le but d'apporter une réponse efficace.

172. Alors même que la notion de contrainte économique est particulièrement appréhendée par le Droit, elle n'en demeure pas moins une notion méconnue. Bien que plusieurs régimes traitent de la contrainte économique, la notion n'en demeure pas moins une notion en quête d'identité.

173. Effectivement, au terme de l'analyse des régimes traitant de la contrainte économique, il ressort que la notion de contrainte économique est une notion orpheline dépourvue d'identité.

La contrainte économique a évolué et s'est répandue dans une bonne partie de la sphère juridique. Cependant, cette prolifération de la matière de la contrainte économique a eu lieu, semblerait-il, de prime abord, de manière incohérente et complètement morcelée.

174. Toutefois, après un regard appui sur l'évolution de la notion de contrainte économique au sein du Droit, il ressort que c'est une notion, certes fragmentée mais dont la prolifération loin d'être désordonnée, répond à une certaine logique. En effet, elle a évolué du Droit romain au Droit français en prenant différentes formes et différentes

natures. Puis, elle s'est développée du droit civil aux droits spéciaux. Cette notion a évolué au fil du temps sans jamais être saisie et appréhendée correctement par les juristes. Elle s'est d'abord illustrée en droit civil au titre du régime de la violence économique ; puis, elle s'est manifestée au sein des droits spéciaux, en droit de la concurrence au titre de l'abus de position dominante et au titre de l'abus de dépendance économique, en droit de la consommation au titre de l'abus de faiblesse et d'ignorance et enfin, en droit pénal des affaires au titre de l'abus de vulnérabilité.

Cette évolution s'explique par des contextes particuliers sur lesquels il conviendra de revenir afin de tirer des enseignements précieux pour comprendre et définir la notion même de contrainte économique.

175. Par ailleurs, il appert que la notion de contrainte économique est dépourvue d'identité. Elle souffre de l'absence d'un régime commun et d'une définition propre. Alors que la contrainte économique est une notion qui se développe en Droit depuis 23 siècles, les juristes ont encore aujourd'hui du mal à définir la contrainte économique.

C'est une notion en quête de définition. Ni le législateur, ni la jurisprudence ne donnent de définition de la contrainte économique. Elle est appréhendée toujours à travers d'autres notions et jamais en tant que telle.

En plus de l'absence d'un régime commun et d'une définition propre, la notion de contrainte économique souffre d'un manque de clairvoyance et de cohérence. Elle s'illustre dans des domaines du droit complètement différents. La contrainte économique étant appréhendée au titre des droits spéciaux ayant chacun leur spécificité et leur particularisme cela trouble la compréhension de la notion de contrainte économique. Aussi, la multitude des régimes traitant de la contrainte économique ainsi que la diversité et la disparité de ces régimes expliquent aussi en partie la difficulté de définir la notion de la contrainte économique et explique qu'elle soit dépourvue d'identité propre.

C'est ainsi que la notion de contrainte économique semble insaisissable. Toutefois, il est alors impératif d'offrir une réelle identité à la notion de contrainte économique.

176. Ainsi, pour appréhender la notion de contrainte économique et lui donner l'ancrage identitaire qu'elle mérite, il est impératif de comprendre, d'abord, l'évolution de la notion de contrainte économique au sein du Droit (Titre I). Cette étude permettra de tirer des enseignements précieux qui serviront par la suite à poser les bases de la notion de la contrainte économique. Elle tentera de comprendre la nature fragmentée de la notion rendant l'approche et l'étude de la notion de contrainte économique plus simple. Offrir une identité à la notion de contrainte économique nécessite de déterminer un régime commun et de définir sans équivoque et directement la notion de contrainte économique. Pour ce faire, il faudra définir les fondements sur laquelle repose cette notion, autrement dit, rappeler les fondements doctrinaux légitimant la réception de la notion de contrainte économique par le Droit, déterminer la finalité de la lutte contre la contrainte économique, disséquer et exposer les éléments composants cette notion. Puis, il conviendra d'offrir un régime commun à la notion de contrainte économique (Titre II) et d'offrir une vraie définition à la notion de contrainte économique.

TITRE I. L'ÉVOLUTION FRAGMENTÉE DE LA NOTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

177. François FURET déclara que : « toute l'histoire, même la plus événementielle, restait implicitement causaliste puisqu'elle reposait nécessairement sur l'hypothèse que l'après découle de l'avant et l'éclaire, d'une certaine façon »¹²⁰. Effectivement, « la lecture (de l'histoire) devient déterministe puisque le passé semble produire le présent qui, à son tour, provoque l'avenir (...) »¹²¹. Essentiel à la connaissance et à la compréhension du droit positif c'est en se penchant sur l'histoire du Droit que le juriste peut en saisir toute la portée.

Ainsi, il faut examiner le passé afin de comprendre le présent pour mieux se tourner vers l'avenir.

178. Afin de saisir la notion de contrainte économique, il est impératif de retracer l'entrée et la prolifération de la contrainte économique dans la sphère juridique.

Aussi, étant une notion sans définition, privée d'un régime commun, l'étude de l'évolution de la notion de contrainte économique nécessite forcément l'étude de l'évolution de tous les régimes luttant contre la contrainte économique.

179. La contrainte économique a connu le même phénomène de spécialisation que le Droit. Elle s'est, d'abord, illustrée sous le Droit romain en Droit civil (Chapitre I), puis, elle s'est propagée au sein des droits spéciaux concomitamment avec la spécialisation du Droit (Chapitre II).

¹²⁰ A. TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine*, Chez J.-M. Corne, Toulouse, 1824.

¹²¹ C. SAMET, *Naissance de l'escroquerie moderne du XVIII^{ème} au début du XIX^{ème} siècle*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, Budapest, Torino, 2005.

180. C'est ainsi, qu'il faut envisager successivement et chronologiquement l'évolution de la notion de violence économique en droit civil, celle de l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique en droit de la concurrence, celle de l'abus de faiblesse en droit de la consommation et enfin celle de l'abus d'ignorance en droit pénal des affaires.

CHAPITRE I. L'ÉVOLUTION FASTIDIEUSE DE LA NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE DANS LE DROIT CIVIL

181. Afin de mieux apprécier la notion de contrainte économique, il faut s'attarder sur le contexte du traitement de la contrainte économique pour toutes les branches du Droit en commençant par le droit civil. Il est nécessaire de mettre en exergue les raisons et les moyens qui ont amené à consacrer la contrainte économique au titre de la violence morale et puis au titre de la violence économique en Droit civil.

182. L'analyse de l'évolution de la notion de contrainte économique nécessite de revenir sur l'évolution de la notion de violence économique et donc sur celle de violence en raison de la filiation maternelle existant entre ces deux notions.

Dans un premier temps, la notion de contrainte économique était envisagée au titre de la violence morale (incluant la violence issue de circonstances extérieures, naturelles et économiques). Ce n'est qu'après un célèbre arrêt du 30 mai 2000¹²² que la Haute Cour a consacré la contrainte économique au titre de la violence économique. Par conséquent, commencer l'étude de la notion de violence économique audit arrêt n'aurait ici aucun intérêt.

183. Afin de comprendre la réception de la notion de contrainte économique au titre de la violence économique, il est impératif de reprendre l'évolution de la violence morale du Droit Romain au Droit Français jusqu'en 1804 (Section I) et puis du Droit Français depuis 1804 à nos jours (Section II).

¹²² Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*.

SECTION I. LA RÉCEPTION PROGRESSIVE DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE DU DROIT ROMAIN AU DROIT FRANÇAIS JUSQU'EN 1804

184. L'évolution de la réception de la violence économique du Droit romain au Droit français jusqu'en 1804, place le débat sur la question de la nature du *metus causa* : délit ou vice du consentement ? Ce qui revient à s'interroger sur la place des données morales et psychologiques au sein du régime du *metus causa*, de la crainte, de la contrainte et de la violence au fil du temps.

185. Le Droit romain prône une nature délictuelle du *metus causa* (Paragraphe I). Peu à peu le règne de la conception délictuelle est menacé par l'émergence des données psychologiques et par le recul des données morales au sein de la crainte sous le Moyen-Age ainsi que par la place toujours plus importante offerte au consensualisme dans la création des rapports contractuels (Paragraphe II).

L'influence des données psychologiques n'a eu de cesse de croître au sein du régime de la crainte. En effet, la doctrine savante et l'époque franque ont été particulièrement affectées : une certaine ambiguïté entre la conception délictuelle et la conception contractuelle dans le régime de la crainte est notable. Par la suite, l'hésitation dont fait preuve l'époque moderne et l'ancien régime entre la conception délictuelle et la conception contractuelle est symptomatique de l'influence grandissante des données psychologiques et du poids de la conception contractuelle contrariant la position occupée par la conception délictuelle (Paragraphe III).

186. C'est sous la période révolutionnaire que la conception contractuelle finit par triompher. La prédominance des données psychologiques sur les données morales au sein de la violence met un terme à la conquête de la conception contractuelle (Paragraphe IV).

PARAGRAPHE I. LA POSITION TRADITIONNELLE DU DROIT ROMAIN : LE RÈGNE DE LA CONCEPTION DÉLICTUELLE AU SEIN DU METUS CAUSA

187. Dès le IV^{ème} siècle avant J.-C., ARISTOTE¹²³ « voyait dans la convention une loi particulière nécessitant, pour sa validité, l'absence de dol, de violence, de surprise et un objet conforme aux lois écrites et naturelles »¹²⁴.

Au I^{er} siècle avant J.-C., CICERON¹²⁵ s'interrogeait également sur la contrainte économique dans le célèbre cas d'école du marchand de Rhodes.

188. Pourtant les premières traces de la contrainte économique dans la sphère juridique remontent au I^{er} siècle avant J.-C. durant les années qui ont suivi la dictature¹²⁶ de SYLLA¹²⁷. L'émergence de la contrainte économique est, alors, favorisée par le contexte politique, social et juridique de l'époque.

C'est dans un contexte politique troublé par la Seconde Guerre civile romaine¹²⁸ opposant SYLLA et MARIUS et une République ébranlée par la dictature de SYLLA¹²⁹ que la contrainte économique fait son entrée dans le Droit romain sous la dénomination de *metus causa*.

Il faut également souligner le contexte social marqué par les proscriptions syllaniennes, par « la dégradation des mœurs par l'effet des guerres civiles qui marquent la fin de la

¹²³ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Corpus, série Histoire du Droit, Economica, Paris, 2012, p. 511; ARISTOTE, *Rhétorique*, rédigé entre 329 et 323 av. J.-C. (I, 15, 1376 b).

¹²⁴ D. DEROUSSIN, *op.cit.*, p. 511.

¹²⁵ CICERON Marcus Tullius (CICERO), *De officiis* (« Traité des devoirs »), traduit par M. Du Bois, Chez Nicolas-Pierre Armand, Paris, 1725, livre II, chap. XII, p. 389 et s.

¹²⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 511.

¹²⁷ SYLLA ou SULLA (138-78 av. J.-C.) était un homme politique romain.

¹²⁸ En 82 av. J.-C., la Seconde Guerre civile romaine a opposé d'une part, MARIUS, son fils CAIUS MARIUS, CINNA, et les *populares* ; et d'autre part SYLLA, CRASSUS, POMPEE et les *optimates*, pour le contrôle de la République romaine.

¹²⁹ La dictature de SYLLA dura de 82 à 79 av. J.-C.

République »¹³⁰, et les violences engendrées par « *les partisans de SYLLA avaient confisqué par la force et la violence les biens des citoyens* »¹³¹.

Le contexte juridique est illustré par le recul du formalisme, par la volonté des jurisconsultes et des prêteurs Romains de prendre en compte davantage l'aspect psychologique lors de la formation des contrats et notamment des actes de violences commis à l'occasion afin de rétablir les conséquences d'une atteinte aux droits. Pour ce faire, ils décident de (re)promouvoir la *fides* sous le terme de *bona fides*, la bonne foi, qui s'oppose au dol et à la violence lors de la formation des contrats¹³².

189. C'est dans ce contexte que le prêteur OCTAVIUS¹³³ décide, en 71 avant J.-C., d'user de son pouvoir d'édicter afin de reconnaître et d'interdire le *metus causa*¹³⁴. Autrement dit, la crainte ou contrainte (que la menace de violence inspire¹³⁵) ainsi que la violence proprement dit. Le *metus* est alors un délit. La *formula Octaviana*¹³⁶ est mis en place. C'est une « *formule d'action qui prive d'efficacité ce qui sera accompli sous l'empire de la crainte* »¹³⁷.

190. La notion de *metus causa*. Initialement, la *metus causa* englobait la violence (l'extorsion) ainsi que la crainte (la violence morale). Bien que, le *metus causa* apparaissait essentiellement dans des hypothèses proches de l'extorsion de fonds, il existe parmi les situations de *metus causa* le cas des objets retirés avec violence, les rapports de forces inégaux liant les parties rendant ainsi l'accord quelques peu « *fictif* »¹³⁸.

¹³⁰ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 511.

¹³¹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Objectifs droit cours, LexisNexis, Paris, 2011, p. 22, §11.

¹³² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 511 ; Dans le même sens : J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 931, §624.

¹³³ Lucius OCTAVIUS était un prêteur et un consul qui devint, en tant que proconsul, gouverneur de la province de Cilicie.

¹³⁴ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *op. cit.*, p.22, §11 ; D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 511 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 850, §560 : Le juriste ULPNIEN rapporte, dans sa version originale, le texte de l'édit (livre 11 de l'édit du prêteur D.4.2.1) : « *Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habeo* : je ne tiendrais pas pour valable ce qui a été accompli sur la base d'une crainte ou d'une violence ».

¹³⁵ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 850, §559.

¹³⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512 : Expression de Cicéron dans Conte Verres (II, 3, 152).

¹³⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11.

¹³⁸ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 120, §64.

D'ailleurs, certains¹³⁹ affirment que la *formula Octaviana* visait d'une part l'extorsion c'est-à-dire « lorsqu'une violence a été exercée dans l'intention d'obtenir un avantage »¹⁴⁰ (*quod vi gestum erit*), et d'autre part, elle englobait également les situations dans lesquelles « un individu tire profit de la crainte éprouvée par un autre alors qu'il n'en ait pas à l'origine »¹⁴¹ (*quod metus causa gestum erit*).

191. Autrement dit, peu importe qu'il y a eu violence ou simple crainte. L'origine de la violence était indifférente : le *metus causa* était qualifiée que l'auteur de la violence soit celui qui ait tiré profit de la crainte qu'il ait suscité ou que ce soit un individu étranger à une crainte déjà existante de laquelle il a tiré profit.

En effet, il suffisait d'avoir créé une crainte en vue d'en tirer profit ou tirer profit d'une crainte déjà existante. Ce qui importe est le comportement fautif, l'intention de nuire et le résultat : « obtenir un avantage », « tirer profit ». Il faut donc un lien de causalité entre la crainte et l'avantage consenti¹⁴².

Au IInd siècle, les deux hypothèses se confondent. En effet, « *l'hypothèse particulière de l'extorsion (violence) a été intégrée dans celle, plus générale, d'acte commis sur la base d'une crainte* »¹⁴³.

192. La contrainte économique sanctionnée au titre du *metus causa*. Certaines situations de *metus causa* se rapprochent de la contrainte économique.

En effet, l'hypothèse relative à la crainte (*quod metus causa gestum erit*) se rapproche fortement de l'état de nécessité ou l'abus de faiblesse en droit positif. De même, une partie de la contrainte économique est traitée à travers le *metus causa* lorsqu'il vise à prendre en compte les rapports de forces inégaux entre les parties.

¹³⁹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512.

¹⁴⁰ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512.

¹⁴¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512.

¹⁴² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512.

¹⁴³ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512.

193. Toutefois, il ne s'agit que d'une prise en compte partielle de la contrainte économique au titre de la crainte. Le Droit romain refuse de sanctionner au titre du *metus causa*, la crainte lorsqu'elle n'est pas le fait de l'Homme et donc lorsqu'elle résulte de circonstances extérieures¹⁴⁴. Alors qu'en droit positif elle englobe aussi bien les situations où la crainte est exercée par une personne (fait de l'Homme) que les situations où la crainte est le fruit d'une circonstance extérieure, et/ou d'une circonstance économique (l'homme n'étant alors pas à l'origine de la contrainte mais l'exploite).

Ainsi, certaines situations de contrainte économique étaient traitées et sanctionnées au titre du *metus causa*. Par conséquent, la contrainte économique était, partiellement, reçue par le Droit romain au titre de la crainte.

194. Objectif et domaine d'application du *metus causa*. A travers le *metus causa*, le prêteur tente de protéger « *celui dont la volonté contractuelle a été guidée par des pressions extérieures, en l'occurrence par la violence tant morale que physique* »¹⁴⁵. Il tente de sanctionner celui qui a extorqué de force (violence ou crainte) le consentement d'un autre afin d'en tirer profit ou obtenir un avantage.

Ainsi, dans un premier temps, le *metus causa* devait protéger l'intégrité du consentement et plus précisément l'aspect volitif du consentement d'un individu qui avait été forcé à accepter un acte. Son domaine d'application était limité à la formation des contrats.

Cependant, à partir de l'époque classique, le Droit romain connaît de la crainte qu'elle ait eu lieu lors de la conclusion ou lors de l'exécution du contrat¹⁴⁶.

¹⁴⁴ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 851, §560.

¹⁴⁵ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11.

¹⁴⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 506.

195. La nature du *metus causa*. Le Droit romain impose que le consentement réponde à certaines « *exigences d'ordre psychologique* »¹⁴⁷. Le consentement doit être sérieux et non simulés. Toutefois, les Romains ne connaissent pas des vices du consentement¹⁴⁸. Aussi, sous le Droit romain, la crainte ou la violence était conçue comme un délit¹⁴⁹. C'est-à-dire comme un fait de l'Homme¹⁵⁰. Aussi, la crainte ou la violence résultant d'évènements extérieurs n'était pas sanctionnée au titre du *metus causa*. Aussi, est privilégié ici l'aspect pénal et répressif. Seules les données morales sont considérées.

196. Par ailleurs, les Romains classent les obligations selon leurs sources : faits licites et faits illicites. Ils nomment les obligations naissant d'un délit *obligationes ex delicto*¹⁵¹ ou sous le terme plus générique de *delictum*¹⁵².

Il existe alors deux types de délits : les délits publics et les délits privés. Contrairement aux délits publics qui réprimandent les atteintes à la collectivité, les délits privés sanctionnent les atteintes portées à un particulier, à sa personne ou à sa propriété¹⁵³. Au sein des délits privés, il faut distinguer les délits civils qui puisent leurs sources dans la loi des XII tables, dans la *lex Aquilia* et d'autres lois postérieures, des délits prétoriens édictés par le prêteur qui établit des actions *in factum*, actions pénales pouvant aller du simple au quadruple, « *dans des hypothèses où l'équité exigeait un rétablissement matériel du patrimoine* »¹⁵⁴.

¹⁴⁷ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 506.

¹⁴⁸ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 850, §559 ; J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens, les obligations*, 22^{ème} éd., coll. Quadrige Manuel, P.U.F., Paris, 2004, vol. II, p. 1997, §960.

¹⁴⁹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, vol. II, p. 1997, §960 ; D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 506 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 845, §556, p. 850, §559, p. 851, §560 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd., coll. Leçons de Droit civil, Montchrestien, Paris, 1998, t. 2, vol. 1, p. 190, §199.

¹⁵⁰ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 851, §560.

¹⁵¹ A. TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine*, Chez J.-M. Corne, Toulouse, 1824, Partie I, paragraphe 8, loi trente-troisième, p. 90 : « *En Droit romain, les obligations qui résultent des délits et des dommages ; car comme il peut arriver qu'un dommage soit causé par un crime, ou seulement par une imprudence (ce que les jurisconsultes ont distingués par les mots dolus et culpa), on a voulu que les obligations qui résultent d'un dommage causé par un crime, fussent nommées obligationes ex delicto, au lieu que celles qui résulteraient d'un dommage occasionné simplement par une faute ou une imprudence, seraient seulement appelées obligationes ex quasi delicto* ».

¹⁵² E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 95.

¹⁵³ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 96, §54.

¹⁵⁴ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 96, §55 : sur l'ensemble de la question délits civils/prétoriens.

197. Bien que, les Romains aient inventé le consensualisme en construisant « *un cadre juridique autour de l'idée selon laquelle le simple échange de volonté- dénué de toute forme- peut être source d'engagement* »¹⁵⁵ mais ils ne l'ont pas érigé en tant que mode de création des obligations contractuelles. D'ailleurs, les Romains apportent de nombreuses limites aux pactes nus qui sont privés de toute action : « *ex nudo pacto nulla nascitur actio* »¹⁵⁶. En effet, le principe est le formalisme et l'exception est le consensualisme. Ainsi, sous le Droit romain, la notion de consentement, de volonté est loin de connaître son apogée et sa force créatrice des rapports contractuels connu par la suite. Les Romains envisage la violence à travers une conception contractuelle.

198. Plusieurs constatations peuvent être faites quant à la nature du *metus causa*.

La première constatation porte sur la nature de la contrainte économique. A la lumière de l'étude de la nature du *metus causa* peut-on déterminer la nature de la contrainte économique en droit positif ? Il est important de créer un parallèle entre la nature de la contrainte économique sous le Droit romain et celle sous le droit positif.

Sous le Droit romain, les situations de contrainte économiques sanctionnées au titre du *metus causa* sont considérées comme étant des faits illicites, des comportements fautifs. Le *metus causa* n'est pas un délit public. Par analogie, les situations de contrainte économique traitées au titre de ce dernier ne peuvent être considérées comme une atteinte à la collectivité.

Il faut en déduire que, traditionnellement, la contrainte économique n'est pas destinée à être une infraction pénale au sens du droit positif en raison du caractère limité de l'atteinte et de la protection à laquelle elle fait écho : la protection du consentement d'une personne. *A contrario* et sachant que sous le Droit romain les situations de contrainte économique étant des délits privés, il faut s'interroger, à la lumière de la nature traditionnelle de la contrainte économique, sur sa nature en droit positif : la contrainte économique serait-elle aujourd'hui un délit civil au sens du droit positif ?

¹⁵⁵ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 71.

¹⁵⁶ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 810, §528 et s.

199. La deuxième constatation amène à noter que l'objectif recherché par le prêteur à travers le *metus causa* est de réprimander lorsque la volonté contractuelle a été guidée par des pressions extérieures. Par ailleurs, le prêteur établit des actions *in factum* dès lors que l'équité commande de rétablir matériellement le patrimoine de la victime¹⁵⁷.

Le prêteur cherche ainsi à rétablir dans l'état antérieur à la conclusion du contrat la partie dont le consentement a été extorqué par l'auteur et entaché de *metus causa* afin d'effacer toutes traces de la contrainte. D'ailleurs, le Doyen Jean CARBONNIER considère le *metus causa* comme étant « *un moyen de répression pouvant consister, du reste, dans le rétablissement de l'état de la chose antérieure* »¹⁵⁸.

Cette tentative de remise en l'état du prêteur révèle sa volonté d'effacer toutes traces de la contrainte. Il s'agit d'une logique proche de celle des vices du consentement sous le droit positif.

200. La troisième constatation permet de mettre en exergue le rôle fondamental de l'équité qui exigerait d'intervenir dans les situations de *metus causa*. Ce serait « la morale et la justice corrective » comme le soulignait ARISTOTE¹⁵⁹ qui commanderait la sanction des contrats entachés de crainte et de violence.

Par conséquent, la morale et la justice corrective commanderaient de sanctionner de la contrainte économique. Certaines situations de contrainte économique étant sanctionnées au titre du *metus causa*. C'est le cas où le consentement de la victime a été extorqué en tirant profit d'une crainte afin d'obtenir un avantage. Plus généralement c'est le cas des conventions qui découlent d'un rapport de forces de négociation inégal entre les parties.

Ainsi, sous le Droit romain, la réception de la contrainte économique était exigée par la justice corrective et plus largement par l'équité et la morale.

¹⁵⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN Yves, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11.

¹⁵⁸ J. CARBONNIER, *Ibid*, vol. II, p. 1997, §960 ; Dans le même sens : D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 513 : « L'objectif est de replacer les parties dans la situation antérieure à l'exécution du contrat ».

¹⁵⁹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 23, §12 : ARISTOTE dans Ethique à Nicomaque (1130b -1131a).

201. Après avoir étudié la notion du *metus causa*, il convient d'analyser le régime les conditions, les effets et les actions.

202. Les conditions du *metus causa*. La qualification du *metus causa* nécessite la réunion de conditions : explicites et implicites.

203. Les conditions explicites : la gravité et l'illégitimité de la crainte. S'agissant du degré de gravité du *metus causa*, le prêteur sanctionne les craintes sérieuses et particulièrement graves. La crainte doit être de nature à faire impression sur un *homo constantissimus*¹⁶⁰ ou *homine constantissimo*¹⁶¹, c'est-à-dire un homme très ferme, très sérieux, une personne particulièrement courageuse¹⁶² ou à déstabiliser sa *constantia*¹⁶³.

En se référant à la notion d'homme courageux, les Romains font une appréciation abstraite et donc objective du *metus causa*. Cette appréciation *in abstracto* est une appréciation morale du *metus causa* en ce sens qu'elle vise à sanctionner un comportement fautif et délictuel.

Ce sont les données morales qui commandent l'appréciation et la qualification du *metus causa*.

Il faut que la crainte soit de nature à effrayer un homme de grand courage. Ainsi, seules les craintes sérieuses et particulièrement graves, sont réprimandées. Autrement dit, seules les craintes excessives ou exagérées sont illicites et donc réprimées. *A contrario*, les craintes « légères » n'entrent pas dans le domaine d'application du *metus causa*. Pour le Droit romain, elles sont licites

Afin d'apprécier le comportement de l'auteur, du point de vue de l'auteur, il faut se placer dans une analyse purement morale délaissant le point de vue de la victime.

¹⁶⁰ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 851, §560, p. 932, §624.

¹⁶¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512.

¹⁶² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512.

¹⁶³ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 22, §11.

204. S'agissant de l'illégitimité de la crainte, ULPYEN précise que la crainte doit avoir été exercée *adversus bonos mores* c'est-à-dire contre les bonnes mœurs¹⁶⁴.

Le Droit romain n'offre pas de définition des craintes illégitimes. Toutefois, le droit Romain considère que la menace du recours à des voies de Droit (la crainte d'une action en justice...), l'infamie, la crainte révérencielle sont des craintes légitimes. Alors que, la menace de mort, d'emprisonnement, de réduction en esclavage sont illégitimes et donc sanctionnables¹⁶⁵.

205. En somme, sous le Droit romain, seules les craintes illicites sont réprimandées au titre du *metus causa* c'est-à-dire les craintes étant d'une part, exagérées et d'autre étant illégitimes.

206. Les conditions implicites : l'origine, l'objet, le moment (de la crainte) et le lien de causalité. Tout d'abord concernant l'auteur, il faut préciser que d'une part, l'action est *in rem scripta* c'est-à-dire qu'elle vise le fait lui-même et non la personne. Dès lors, peu importe l'auteur, il peut s'agir d'un tiers.

D'autre part, le *metus causa* étant un délit c'est-à-dire un fait de l'Homme, les Romains refusent de reconnaître les craintes ou violences qui résultent de circonstances extérieures. Ainsi, les Romains ont refusé d'assimiler au *metus* la violence et l'état de nécessité résultant d'événements extérieurs¹⁶⁶. Ainsi, le Droit romain ne connaît pas explicitement de la contrainte économique.

207. Quant à l'objet de la violence, le *metus* porte atteinte à un particulier, à sa personne ou à sa propriété.

¹⁶⁴ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512 : ULPYEN rapporte, dans sa version originale, l'édit du prêteur (livre 11 D. 4, 2, 3, 1).

¹⁶⁵ Sur l'ensemble de la question : E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11 ; D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512.

¹⁶⁶ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 851, §560.

208. Enfin, concernant le moment de la violence, selon ULPIEN la crainte que le mal inspire doit être présente¹⁶⁷.

209. Pour finir, il faut un lien de causalité entre la crainte et l'avantage extorqué¹⁶⁸. Cela induit-il qu'il faille nécessairement un résultat c'est-à-dire un avantage obtenu de la crainte ou de la violence pour que soit qualifié le *metus causa* ?

210. Il faut noter que l'examen des conditions révèle l'absence d'élément intentionnel. Ainsi, sous le Droit romain, la sanction des situations de contrainte économique traitée au titre du *metus causa* ne nécessite pas la recherche de l'intention de nuire de l'auteur. Est-elle induite du comportement fautif c'est-à-dire de la crainte ? Ce qui s'amène à se demander s'il est nécessaire de s'interroger quant à savoir si le régime actuel de la contrainte économique doit-il comporter cette condition ?

211. Les effets du *metus causa*. Les Romains ne considèrent pas la violence comme affectant « *directement et intrinsèquement* »¹⁶⁹ l'acte qui s'appuie sur une crainte ou une contrainte. Aussi, au regard de la *ius civile*, « *l'acte conclu sous l'empire d'une crainte est civilement valable* »¹⁷⁰.

D'ailleurs, la doctrine de l'époque soutient la même thèse. ULPIEN énonce « *qu'il n'y a rien de plus contraire au consentement que la violence et la crainte condamnées par les bonnes mœurs* » et que « *ce qui a été fait sur la base de la crainte n'est pas inexistant ou même nul* »¹⁷¹.

¹⁶⁷ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512.

¹⁶⁸ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 512.

¹⁶⁹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 506.

¹⁷⁰ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 22, §11.

¹⁷¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 513 : ULPIEN rapporte, dans sa version originale, l'édit du prêteur (livre 11 D. 50, 17, 116).

De même, PAUL déclare « *tamen coactus volui* » autrement dit, « *celui qui a été déterminé malgré lui à consentir est quand même censé avoir exprimé un consentement* »¹⁷².

De cette formule, a été dégagé le célèbre adage : « *coacta voluntas tamen voluntas est* » c'est-à-dire « *la volonté contrainte est quand même volonté* » ou « *volonté contrainte, volonté toute de même* »¹⁷³ ou « *coacta voluntas est voluntas* » qui signifie « *la volonté contrainte est volonté* ». En d'autres termes, bien que la victime n'ait accepté de contracter que pour échapper à un mal considérable, elle a toute de même accepté et donc donné son consentement¹⁷⁴.

212. Face à la rigidité et l'étroitesse de cette règle, le prêteur tente, au mieux, de rétablir les parties dans l'état antérieur de la chose. Au pire, il tente de paralyser les effets de l'acte passé sous la contrainte¹⁷⁵. En tout état de cause, le but premier du prêteur est de priver l'acte de reproduire des actes. Dans un premier temps, il va tenter de restituer ou de rétablir les parties dans la situation antérieure à la conclusion de l'acte. La sanction de principe pour le *metus causa* est le rétablissement des parties dans la situation antérieure à la conclusion de l'acte. En cas d'échec, dans un second temps, que le prêteur cherche à paralyser les conséquences juridiques de cet acte dans le but de faire le disparaître.

213. Trois remarques peuvent être faites à cet égard.

D'abord, le prêteur ne retient pas la nullité ou l'inexistence du contrat comme sanction. Le Droit romain reconnaît la validé civile de l'acte qui est valablement formé.

En somme, sous le Droit romain, l'acte passé sous l'empire du *metus causa*, est civilement valable en ce sens que le consentement de la victime ne fait pas défaut. Un consentement

¹⁷² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 513 : ULPIEN rapporte, dans sa version originale, l'édit du prêteur (livre 11 D. 4, 2, 21, 5).

¹⁷³ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 506 et p. 513 : autre signification : « *la volonté forcée, trompée ou contrainte, reste une volonté* ».

¹⁷⁴ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd., coll. Leçons de Droit civil, Montchrestien, Paris, 1998, t. 2, vol. 1, p. 190, §200.

¹⁷⁵ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 22, §11.

a été donné et ce consentement n'est pas imparfait du fait de la contrainte. Il n'est pas vicié dans son intégrité.

214. La seconde remarque tient à l'importance de l'équité, des bonnes mœurs, de la morale sur lesquelles reposent la justice corrective. Bien que l'acte conclu sous la contrainte au titre du *metus causa* ne soit pas entaché de nullité et qu'il ne soit pas annulable, l'équité, la morale et la justice corrective commanderaient au prêteur, à défaut de pouvoir considérer l'acte comme étant illicite, de paralyser l'efficacité juridique de cet acte afin d'effacer, en quelque sorte, son existence (cf. l'action *quod metus causa*).

215. Enfin pour le reste, ce sont les conséquences indirectes de l'intervention répressive du prêteur dans une situation de *metus causa* qui attirent l'attention. Effectivement, bien que le prêteur ne veuille que paralyser les effets juridiques d'un tel acte, on ne peut s'empêcher de penser que lorsque le prêteur tente de remettre les parties dans l'état antérieur de la chose, il souhaite effacer l'existence de cet acte comme une manière de rechercher les mêmes effets que ceux de la nullité.

D'ailleurs, le prêteur cherche d'abord, quels que soient les situations de *metus causa*, à rétablir les parties dans l'état antérieur des choses. Et ce n'est qu'à défaut d'y parvenir, qu'il décide de paralyser les effets juridiques de l'acte. Donc, le comportement premier du prêteur, face à un acte conclu sous l'empire d'une contrainte, est de rétablir les parties dans la situation antérieure à l'acte afin « d'effacer » en quelque sorte ou du moins de laisser en suspend par fiction juridiction, l'existence même de l'acte. Par ailleurs, c'est sans doute pour cela que c'est la sanction de principe. Elle semble être le plus juste envers la victime dont le consentement a été extorqué.

216. Les sanctions du *metus causa*. Le Droit romain offre trois actions à la victime de *metus causa*.

217. L'action *quod metus causa* est une action pénale privée¹⁷⁶. Elle est arbitraire en ce sens que le versement de la *poena*¹⁷⁷ n'est requis qu'à défaut de restitution¹⁷⁸ ou de rétablissement des parties dans l'état antérieur de la chose¹⁷⁹. Ainsi, l'action *quod metus causa est* moins « une sanction pénale qu'une *restitutio in integrum* »¹⁸⁰. Il s'agit donc finalement d'« une menace, aboutissant indirectement à faire tomber le contrat »¹⁸¹.

218. L'exception *metus* pour être opposée par la victime, débitrice, à l'auteur du *metus*, créancier face à la requête d'exécution de ce dernier¹⁸² lorsque la victime n'a pas eu recours à l'action *metus* car elle ne souhaite pas ou car l'action *quod metus causa* ne peut être mise en œuvre (impossibilité de la restitution, insolvabilité de l'auteur).

La bonne foi s'oppose à l'exécution d'un acte juridique extorqué par la violence¹⁸³. L'exception *metus* aura pour effet de paralyser la demande du créancier et éviter au défendeur toute condamnation en cas de non-paiement¹⁸⁴. Le contrat est civilement valable, l'exécution est simplement annulée *iure praetorio*¹⁸⁵.

¹⁷⁶ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11.

¹⁷⁷ Une somme d'argent pouvant aller du simple au quadruple : J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 915, §609, §624 et p. 815, §560 ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11.

¹⁷⁸ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 851, §560 ; D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 513.

¹⁷⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens, les obligations*, 22^{ème} éd., coll. *Quadrige Manuel*, P.U.F., Paris, 2004, vol. II, p. 1997, §960. Dans le sens contraire : certains considèrent que le rétablissement s'effectue dans la situation antérieure à l'exécution du contrat et ne la place pas au moment de la conclusion du contrat : D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 513.

¹⁸⁰ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 513 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, t. 2, vol. 1, p. 190, §199.

¹⁸¹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 851, §560.

¹⁸² E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11.

¹⁸³ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 851, §560.

¹⁸⁴ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 514.

¹⁸⁵ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 514.

219. La restitution *in integrum* a un caractère subsidiaire¹⁸⁶. Il s'agit donc d'un moyen exceptionnel, on parle également de faveur faite par le prêteur à la victime¹⁸⁷. En effet, en plus de sa nature subsidiaire, cette action n'est mise en place que lorsque le prêteur estime que « *l'équité exige un rétablissement complet et rétroactif de la victime dans ses droits* »¹⁸⁸.

Cette action efface toute trace de l'existence de la contrainte et de l'acte juridique extorqué¹⁸⁹. Elle emporte « *la rescision du contrat, donc l'effacement rétroactif de tous les actes accomplis après le contrat* »¹⁹⁰ et des conséquences qu'il a produites.

Il faut noter qu'au Bas empire l'action *in integrum* et l'action *quod metus causa* se sont confondues sous cette dernière. Une fois que le prêteur apprécie et qualifie la violence, il opère la restitution¹⁹¹.

220. La démarche du prêteur s'inscrit davantage dans une logique contractuelle que délictuelle ou répressive. Le prêteur tente tout d'abord la restitution et donc le rétablissement des parties dans l'état antérieur de la chose afin de faire disparaître le contrat et ses conséquences. Ainsi, « *la restitution devient le résultat de l'action en violence* »¹⁹². Et ce n'est qu'à défaut, que l'auteur devra verser la *poena*¹⁹³.

Bien, sous le Droit romain la crainte soit de nature délictuelle. Cependant, le but recherché, la conception et le régime du *metus causa* tel que mis en place par le prêteur sont très proches des vices du consentement que nous connaissons en droit positif et s'inscrivent dans une logique plutôt contractuelle laissant deviner une évolution du consensualisme comme mode de création du lien contractuel.

¹⁸⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 514 ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11.

¹⁸⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11.

¹⁸⁸ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11.

¹⁸⁹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 22, §11.

¹⁹⁰ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 514.

¹⁹¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 514.

¹⁹² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 514.

¹⁹³ Il faut noter que la *poena* n'est pas une amende (*mulca*), elle est, d'ailleurs, versée à la victime. Toutefois, elle ne constitue pas la préparation du préjudice subi. Elle représente le prix de l'abandon de la vengeance privée par la victime. Elle sanctionne davantage l'auteur de la violence ne pas vouloir restituer la chose extorquée que le délit lui-même : J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 915, §609 ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 96, §56.

221. La nature de crainte va connaître une évolution majeure en raison des avancées de la conception contractuelle et l'émergence des données psychologique sur la conception délictuelle et les données morales.

PARAGRAPHE II. LA POSITION INDÉCISE DU MOYEN-ÂGE : L'AVANCÉE TIMIDE DE LA CONCEPTION CONTRACTUELLE AU SEIN DE LA CONTRAINTE

222. Le Moyen-Age est une période charnière pour l'évolution de la notion de crainte et pour celle de la contrainte économique dont il a posé les bases. En effet, la crainte se détache peu à peu de son nature délictuelle hérité du Droit romain pour se laisser influencer par l'émergence de la conception contractuelle.

223. Cette période permet de mettre en exergue une notion de crainte flirtant tantôt avec une conception délictuelle traditionnelle et tantôt avec une conception contractuelle nouvelle. Cette position indécise du Moyen-Age s'illustre par une position ambiguë de la doctrine savante et de l'époque franque (A) et par une position hésitante des droits coutumiers médiévaux (B).

A. LA POSITION AMBIGUË DE LA DOCTRINE SAVANTE ET DE L'EPOQUE FRANQUE

224. La doctrine savante et l'évolution de la notion de crainte. La doctrine savante est marquée par la redécouverte du Droit romain et donc celle de la notion de *metus causa*. Elle est également marquée par une renaissance du consensualisme qui gagne du terrain au XI^{ème} et XII^{ème} siècle. Ce courant consensualiste va s'amplifier jusqu'à la fin du Moyen-Age¹⁹⁴. Le consentement placé au cœur du rapport contractuel a eu un impact sur la logique et la nature de la violence retenue. C'est inspiré par le Droit romain que sous le Moyen-Age, la nature de la violence retenue est délictuelle. Toutefois, de plus en plus le régime consacre une ambiguïté certaine voire même une hésitation. En effet, la doctrine et la jurisprudence font preuve d'une grande hésitation quant à la nature de la violence.

225. Par l'analyse des solutions dégagées par la jurisprudence romaine, les romanistes précisent la distinction entre le *metus gravis* (violence abusive) et le *metus levis* (violence légère)¹⁹⁵.

Seul le *metus gravis* c'est-à-dire la violence grave, excessive, abusive celle qui fait impression sur un « homme courageux » porte atteinte à la validité de l'acte et entraîne ainsi son annulation¹⁹⁶.

226. On retrouve l'idée que toutes les craintes ne sont pas réprimandables, seules les craintes et les violences particulièrement graves (*metus gravis*) au point d'altérer et d'extorquer le consentement d'un homme « très ferme et très sérieux », considérées alors comme étant abusives et illicites, sont sanctionnables. Ainsi, l'appréciation de la gravité

¹⁹⁴ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 802 et s. §519 et p. 808, §527.

¹⁹⁵ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Corpus, série Histoire du Droit, Economica, Paris, 2012, p. 520.

¹⁹⁶ D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 520 ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Objectifs droit cours, LexisNexis, Paris, 2011, p. 147, §83.

se fait de manière abstraite et objective en se référant au standard de l'homme « très ferme et très sérieux ».

Les romanistes ont emprunté cette condition relative à la gravité de la contrainte aux Romains. Par ailleurs, à l'instar des romains, en ayant recours à une appréciation objective, ils conçoivent l'appréciation et la qualification de la crainte dans le cadre d'une analyse purement morale et se positionnent donc du point de vue de l'auteur. Par conséquent, ici la primauté aux données morales sur les données psychologiques.

227. Quant à la nature du *metus causa*, les romanistes se sont alignés sur la position du Droit romain et ont ainsi retenu une nature délictuelle.

228. Toutefois, le régime révèle une ambiguïté entre l'approche délictuelle et l'approche contractuelle de la violence. Cette conception incertaine de la violence s'explique d'ailleurs par le fait qu'à l'instar du Droit romain, les romanistes refusent d'affirmer le principe du consensualisme¹⁹⁷ comme mode de créations de obligations contractuelles. Les romanistes ont tenté de concilier les principes Romains avec la pratique commerciale. La doctrine (notamment BARTOLE¹⁹⁸) reconnaît que les pactes nus peuvent créer des obligations contractuelles¹⁹⁹. Pour la doctrine savante, le consensualisme prend appui sur le respect de la promesse, la bonne foi²⁰⁰.

Le rôle du consensualisme dans la création des rapports contractuels a un impact direct sur la nature retenue de la violence.

229. En effet, la sanction retenue est la nullité de l'acte juridique. Le contrat entaché de crainte est annulable. Cette sanction s'inscrit dans une logique contractuelle.

¹⁹⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *op. cit.*, p. 136, §73.

¹⁹⁸ Bartolus de Saxoferrato dit BARTOLE.

¹⁹⁹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 811, §529.

²⁰⁰ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 133, §72.

L'action en restitution devient « *l'objectif premier de l'action en nullité* »²⁰¹. Le but recherché est d'effacer rétroactivement les effets de l'acte extorqué. Toutefois, la nullité entraîne évidemment la disparition du contrat. Malgré que les romanistes « *ne voient pas dans la nullité un état intrinsèque de l'acte l'affectant dans sa totalité* »²⁰², il semblerait que la logique contractuelle poursuive son avancée.

230. Les canonistes retiennent une nature délictuelle de la crainte. Pour eux, la violence s'analyse comme un péché qui autorise l'annulation des actes passés sous son empire²⁰³.

231. Une ambiguïté est toutefois notable quant à la nature de la crainte. En effet, les canonistes ont réalisé de nombreux travaux sur le consentement qu'ils ont placé au cœur de la matière contractuelle lui reconnaissant ainsi « *une force créatrice* »²⁰⁴. SAINT-THOMAS énonce : « *qu'il n'y a pas d'acte de volonté, donc de consentement, sans un acte ou un mouvement de l'intelligence de l'homme. Autrement dit, le consentement contractuel [est] une opération intellectuelle mettant en œuvre les facultés mentales et psychologiques de l'homme* »²⁰⁵.

Par conséquent, le consentement s'oppose à ce que « *l'acte de volonté soit biaisé par de fausses représentation de la réalité* »²⁰⁶ et donc qu'il soit entaché de violence.

Ainsi, le contrat doit s'appuyer sur un acte de volonté qu'est le consentement qui doit être intègre c'est-à-dire libre et éclairé ce qui s'oppose fermement à l'existence de toute crainte au moment de la formation du contrat.

232. Les canonistes visent donc à protéger l'intégrité du consentement notamment dans sa dimension volitive au moment de la conclusion du contrat. Bien que soit retenue une nature délictuelle de la crainte, les travaux des canonistes ainsi que les conséquences qui

²⁰¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 520.

²⁰² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 520.

²⁰³ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 147, §83 ; D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 521.

²⁰⁴ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 521.

²⁰⁵ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 521.

²⁰⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 521.

en découlent sont pleinement ancrés dans une logique purement contractuelle ; illustration parfaite de l'ambiguïté quant à la nature de la crainte et de l'évolution de la percée de la conception contractuelle.

Ainsi, le consensualisme gagne du terrain grâce aux travaux menés par les canonistes sur la notion et la fonction du consentement²⁰⁷. En effet, ils ont une approche plus indépendante que les romanistes car ils n'ont pas d'attache particulière au Droit romain²⁰⁸.

Ils sont les premiers à reconnaître une valeur créatrice au consentement dans le domaine contractuel.

C'est en reprenant la solution donnée par un concile : « *pax servetur, pacta custodiantur* » autrement dit, « *que la paix soit conservée, que les pactes soient observés* »²⁰⁹ et en généralisant sa portée, que le Pape Innocent IV, vers 1245, ainsi que Bernard DE PARME vers 1260, en déduisent que « *d'un pacte nu naît une action, [...] parce que les hommes pèchent en n'exécutant pas une convention [...] Dieu ne fait pas la différence entre de simples paroles et un serment* »²¹⁰. Pour les canonistes « *la règle morale (étendue) au domaine civil est un devoir de conscience devenant une obligation juridique* »²¹¹. Les canonistes considèrent dès lors qu'« *on commet un péché mortel en se détournant d'un pacte* »²¹².

233. Cependant, pour les canonistes, le consentement peut être une base fondatrice et créatrice du rapport contractuel. Cet apport est à nuancer car il est avant tout d'ordre doctrinal. Par ailleurs, il a atteint vite ses limites et a rencontré des obstacles en pratique. Les romanistes se sont interrogés et vivement opposés à la compétence des juridictions ecclésiastiques à connaître des pactes nus²¹³.

²⁰⁷ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 124.

²⁰⁸ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 812.

²⁰⁹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 814, §531.

²¹⁰ « *ex nudo pacto oritur actio [...], quia mortaliter peccat recedendo a pacto [...], Inter simplicem loquelam et juramentum non facit Deus differentiam* » : J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 814, §531.

²¹¹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 814, §531.

²¹² J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 814, §531.

²¹³ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 815, §531.

234. L'époque Franque et l'évolution de la notion de crainte. Les textes du Haut Moyen-Age, tel que le *Forum iudicum* des Wisigoths, témoignent de la nature incertaine de la crainte à cette époque.

En effet, la répression de la contrainte « *répond à un souci d'ordre public plus que de protection des intérêts particuliers du débiteur* »²¹⁴. Ainsi, les Francs retiennent une conception délictuelle de la contrainte. D'ailleurs, l'époque franque est marquée par la redécouverte du Droit romain : il y a un fort recul du consensualisme au Moyen-Age (Haut Moyen-Age et Moyen-Age central)²¹⁵.

235. Toutefois, le régime de la contrainte dénote sans conteste d'une logique contractuelle. Le *Forum iudicum* considère comme nul le contrat extorqué par contrainte car « *il est de l'office de la loi que de s'opposer efficacement à la dépravation des mœurs* »²¹⁶.

Cette démarche s'inscrit dans une logique contractuelle en raison de la sanction retenue. La nullité a pour conséquence de replacer les parties avant la conclusion du contrat pour faire disparaître toutes traces de la contrainte dans le but de protéger l'intégrité du consentement de la victime.

236. Aussi, la position de l'époque franque quant à la nature de la contrainte est quelque peu ambiguë. Elle peut sembler mixte en ce sens que la nature retenue eu égard à l'impératif d'ordre public, est, certes, délictuelle mais le traitement de la crainte et de la violence atteste d'une logique contractuelle certaine.

Ainsi, la contrainte est certes de nature délictuelle mais il est évident que la conception contractuelle opère une percée fulgurante au sein du régime de la contrainte se servant de la sanction retenue (nullité) comme vecteur.

²¹⁴ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 523.

²¹⁵ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 802, §519 ; D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 118.

²¹⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 523.

B. LA POSITION HÉSITANTE DES DROITS COUTUMIERS MÉDIÉVAUX

237. La nature de la contrainte n'est pas déterminée à l'époque des droits coutumiers. Bien qu'ils s'intéressent davantage à l'intégrité du consentement²¹⁷ aussi bien dans la pratique (insertion de clauses attestant que l'acte n'est pas entaché par la violence)²¹⁸ que dans la jurisprudence du parlement de Paris²¹⁹ montrant la logique contractuelle commence à s'immiscer dans la pratique, la conception délictuelle l'emporte. Il semblerait, en effet, que la violence relève de l'ordre public.

238. Sous le Droit coutumier, la nature de la contrainte est caractérisée par une hésitation entre la conception contractuelle et la conception délictuelle. Elle n'a de cesse de flirter avec ces deux logiques.

D'une part, les droits coutumiers conçoivent la violence comme relevant de l'ordre public, privilégiant ainsi une approche délictuelle de la violence ; d'autre part, le régime de la contrainte est pensé dans une conception purement contractuelle.

Il faut préciser que le Droit coutumier médiéval témoigne d'une coexistence entre le formalisme et le consensualisme²²⁰.

Bien que, le Droit coutumier médiéval puisse, de prime abord, paraître contradictoire, il se rallie au courant consensualiste²²¹.

239. D'ailleurs, la doctrine et la jurisprudence témoignent incontestablement de la percée du consensualisme.

²¹⁷ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 523.

²¹⁸ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 852, §561 ; D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 523.

²¹⁹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 523 : Arrêt du Parlement de Paris du 8 mai 1336.

²²⁰ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 817, §533.

²²¹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 815, §531.

En effet, Philippe de BEAUMANOIR déclare que : « *marchiés est fiés si tost comme il est créanté à tenir par l'accord des parties* »²²². De même, dans Jostice et Plet, coutumier rédigé vers 1260, est préconisé le consensualisme comme mode de création des obligations contractuelles : « *convenances accordées par bones mors (mœurs) font le marchié, non pas la paumée, et li cuers (le cœur) doit suivre (suivre) la parole* »²²³.

Dès la moitié du XIII^{ème} siècle, le Parlement de Paris est enclin à valider les engagements issus d'un simple accord²²⁴. Ce n'est qu'à la fin du XIII^{ème} siècle qu'il reconnaît pleinement la validité des pactes nus²²⁵.

240. Au XIII^{ème} siècle, l'ambiguïté et l'hésitation quant à la nature de la contrainte est particulièrement notable à l'étude du régime de la contrainte.

Les coutumiers « *sanctionnent l'usage de la « force » dans le domaine contractuel* »²²⁶ sur le plan délictuel. Philippe de BEAUMANOIR sanctionne la violence comme un délit²²⁷. Toutefois, la sanction retenue est aussi la nullité.

241. Il faut souligner que s'agissant de la condition relative à la gravité de la contrainte, les auteurs coutumiers et la jurisprudence distinguent le *metus gravis* (violence abusive) du *metus levis* (violence légère). Seule la violence abusive est sanctionnable²²⁸. Seules les contraintes particulièrement graves, excessives et donc par conséquent, abusives sont prises en compte.

²²² J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 817, §533.

²²³ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 817, §533.

²²⁴ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 139, §75 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 818, §534.

²²⁵ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 818, §534.

²²⁶ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 147, §83.

²²⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 147, §83.

²²⁸ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 147, §83 ; D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 525 : Philippe de BEAUMANOIR énonce que : « *ce qui est fet par force ou par tricherie ou par trop grand paour (peur) ne fet pas à tenir* ». Il conclut que : « *tout le dommage qui sont fet par force ou par tricherie doivent estre rendu, quand la force ou la tricherie est prouvée* ».

L'idée, selon laquelle toutes les craintes ne sont pas illicites au regard du Droit et donc ne sont pas toutes réprimandables est présente dès le début de la réception de la contrainte sous le Droit romain.

Derrière cette sélection, se cache l'idée que ces craintes sanctionnables représentent un comportement qui dépasse le cadre normal des relations commerciales. Elles dépassent et excèdent ce qui est supportable et tolérable. Cette condition s'inscrit pleinement dans un souci de sécurité juridique et de stabilité contractuelle.

242. L'appréciation de la gravité de la crainte connaît une micro-évolution sous les droits coutumiers médiévaux. L'appréciation reste *in abstracto* reposant sur le standard d'un « *hardi homme* »²²⁹ c'est-à-dire un homme brave, audacieux et courageux. C'est davantage un changement sémantique qu'un changement sur le fond. En effet, sous le Droit Romain, le standard était celui de l'*homo constantissimus* c'est-à-dire celui d'un homme très fort, très courageux.

Le recours à l'appréciation objective fait écho à une appréciation ancrée dans une analyse morale de la situation privilégiant les données morales par rapport aux données psychologiques pour l'appréciation de la contrainte. Cette analyse se fait en se plaçant du point de vue de l'auteur expliquant que la contrainte soit considérée comme étant un comportement délictuel.

243. Au XIV^{ème} siècle, la gravité de la contrainte, il n'y a pas vraiment d'évolution quant à cette condition. Seules les contraintes particulièrement graves et abusives sont considérées comme étant illicites et donc sont sanctionnées²³⁰.

244. En effet, l'appréciation de la gravité de la crainte se caractérise par une évolution en demi-teinte. Au XIV^{ème} siècle se fait *in abstracto* eu égard au standard de « *l'homme*

²²⁹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 525.

²³⁰ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 852, §562 ; D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 526.

normalement courageux »²³¹ utilisé sous le Droit Romain. Cette formule est considérée comme étant moins rigoureuse mais plus compréhensive par la doctrine²³².

L'appréciation objective relève d'une analyse purement morale, elle s'inscrit donc dans une conception délictuelle. Elle conduit à se placer du point de vue de l'auteur afin d'apprécier la crainte. Elle privilégie donc les données morales sur les données psychologiques. Elle élargie le champ d'application de la contrainte et permet ainsi que davantage de situations soient traitées.

245. L'évolution relative à l'appréciation de la gravité se poursuit au XVI^{ème} siècle, les magistrats font le choix d'une appréciation objective empreinte d'un peu de subjectivité. La contrainte est appréciée *in concreto* en se référant au standard d'une personne « lambda » étant du même sexe, du même l'âge et de la même condition sociale que la victime²³³.

Cette petite évolution s'explique par la percée de la conception contractuelle dans le régime de la contrainte portée par l'ascension du consensualisme au sein du Droit des contrats et des obligations elle-même due aux travaux des canonistes.

246. La réception de la contrainte économique : toujours pas acquise ! Certaines contraintes ne sont pas sanctionnées car les sanctionner pourrait mettre en péril les intérêts de la victime : illustration d'une logique contractuelle du traitement de la contrainte car on privilégie la protection de la victime à celui de la répression de l'auteur.

En effet, le Parlement de Paris²³⁴ refuse de sanctionner au titre de la contrainte les conventions passées sous la pression de circonstances extérieures et plus particulièrement à des conventions d'assistance et de sauvetage en mer conclues, sous la crainte, afin d'échapper à un naufrage imminent, conduisant le capitaine d'un navire à accepter des conditions financières exagérées. Le Parlement de Paris, refusant de caractériser la

²³¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 526.

²³² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 525 et s.

²³³ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 853, §562.

²³⁴ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 526 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 853, §562.

contrainte valide, ces conventions et conclut que ce contrat doit être exécuté, sans réduction de la récompense promise. Le motif résiderait dans la sauvegarde de l'intérêt de la victime : les personnes sauvées seraient les premières victimes s'ils les sauveteurs ne seraient pas certains d'obtenir ce qui a été promis²³⁵.

Bien que la contrainte économique soit partiellement prise en compte au titre du *metus causa*, de nombreuses situations de contrainte économique ne sont pas traitées car elles résultent de circonstances extérieures.

247. La nature de la contrainte. Les Droits coutumiers médiévaux sont caractérisés par une hésitation certaine entre la voie délictuelle et la voie contractuelle quant à la répression de la contrainte. Traditionnellement, c'est la nature délictuelle de la contrainte qui est retenue. Toutefois, le régime de la contrainte est l'illustration parfaite d'une ambiguïté entre ces deux logiques et plus particulièrement au XIV^{ème} siècle où il devient le témoin du recul croissant de la conception délictuelle de la contrainte.

248. En effet, le Parlement de Paris²³⁶ condamne l'auteur de contrainte à verser une amende (représentant l'aspect punitif de la sanction en raison de la violation d'une règle édictée par la société, illustration de la conception délictuelle de la contrainte) ainsi qu'une indemnité à la victime (qui représente l'aspect réparateur d'une atteinte aux droits d'un particulier, marque de la conception contractuelle de la contrainte).

De même, eu égard à la jurisprudence du Parlement de Paris²³⁷, le contrat entaché de violence fait l'objet d'une annulation. Les magistrats parlent également d'obligation de nulle valeur²³⁸.

²³⁵ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 526 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 853, §562.

²³⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 526 : Arrêts du Parlement de Paris de 1313, du 13 décembre 1326, et du 8 juin 1342.

²³⁷ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 528 : Arrêt du Parlement de Paris du 9 août 1332.

²³⁸ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 528.

On retrouve l'idée de la restitution c'est-à-dire du rétablissement des parties dans l'état antérieur de la chose reste la priorité. Autrement dire, le but est d'effacer les traces de la violence en faisant disparaître le contrat afin de protéger le consentement de la victime.

249. Toutefois, il existe une certaine évolution dans l'appréciation des magistrats de ces conventions qui sont entachées de contrainte. En effet, avant le XIV^{ème} siècle, le contrat était civilement valable, le contrat était donc valablement formé. Autrement dit, bien que la contrainte soit sanctionnée (comme un délit), elle n'a jamais été considérée comme portant atteinte intrinsèquement au contrat (*adage volonté contrainte, volonté toute de même*). Théoriquement, la convention est civilement valable. Toutefois, en pratique, le contrat n'était pas nul ou annulable. Il n'était pas entaché une nullité de plein droit. En effet, bien que les sanctions eurent pour conséquence d'entraîner la disparition du contrat, seules l'efficacité et l'exécution du contrat étaient réellement concernées et figées.

250. Au XIV^{ème} siècle, une évolution notable s'opère. En effet, Les magistrats du Parlement de Paris estiment que les obligations issues d'un contrat conclu sous la contrainte sont de valeur nulle²³⁹. Ainsi, il semblerait que les juges commencent à considérer que les contrats passés sous l'empire d'une contrainte ne soient pas valablement formés car le consentement de la victime a été extorqué et donc que la violence porte atteinte intrinsèquement au contrat. L'évolution se trouve davantage sur le terrain psychologique : il s'agit de considérer que la contrainte porte atteinte directement et intrinsèquement au consentement de la victime, et par conséquent au contrat au point d'empêcher sa création.

Il est légitime de s'interroger sur la portée de la position adoptée par les magistrats qui est relative au sort des obligations issues d'une convention entachée de crainte. Il semblerait pour le moins qu'une évolution s'opère petit à petit dès le XIV^{ème} siècle oeuvrant dans le sens d'une nullité de plein droit pour ces conventions.

²³⁹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 528.

251. Cette évolution atteste de la place grandissante et des nouveaux terrains conquis par la logique contractuelle au sein du régime de la contrainte.

Un recul de la conception délictuelle est notable²⁴⁰ à travers l'analyse du régime de la contrainte, la finalité poursuivie et la pratique du Parlement de Paris. On tend de plus en plus à retenir une conception contractuelle de la contrainte. Cependant, officiellement c'est la conception délictuelle de la contrainte qui est retenue.

Les données psychologiques continuent leur émergence à l'époque moderne et sous l'ancien régime tous deux marqués par une percée décisive de la conception contractuelle au sein de la crainte.

PARAGRAPHE III. LA POSITION COMPLEXE DE L'ÉPOQUE MODERNE ET DE L'ANCIEN RÉGIME : LA PERCÉE DÉCISIVE DE LA CONCEPTION CONTRACTUELLE AU SEIN DE LA CRAINTE

252. L'époque moderne et l'évolution de la notion de crainte. L'époque moderne, l'Ecole du Droit naturel moderne et la philosophie volontariste ont véhiculé la théorie des vices du consentement.

Effectivement, l'époque moderne est marquée par des courants révolutionnaires prônant la liberté et l'égalité entre les Hommes et qui permettent d'ériger ces principes. Le consentement devient l'expression de la volonté et de la liberté des parties à un contrat.

Par ailleurs, le contexte juridique est également marqué par la consécration du consensualisme. Le consentement est considéré comme étant la base créatrice du rapport

²⁴⁰ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 526.

contractuel. Ainsi, la volonté et la liberté sont essentielles et doivent être intactes²⁴¹. Donc, le consentement doit être libre et intègre ce qui s'oppose nécessairement à toutes formes de crainte lors de la formation des contrats. Il s'agit davantage de protéger le consentement du contractant et de réparer un préjudice ou de punir l'auteur de la crainte²⁴²!

253. De même, l'École du Droit naturel moderne place la volonté et la liberté et *a fortiori*, le consentement au cœur des préoccupations et de la création contractuelle. Les parties doivent respecter le principe de volonté et elles doivent se comporter de bonne foi²⁴³. GROTIUS²⁴⁴ et Samuel Von PUFENDORF en déduisent que le contrat doit satisfaire à un « avantage mutuel » pour les parties²⁴⁵. Ce qui suppose que le consentement doit être libre s'opposant à toute forme de crainte ouvrant la voie à la logique contractuelle.

Ils considèrent que « *pour que le contrat reste un acte d'égalité entre les parties, procurant à chacune d'elles un avantage mesuré, encore faut-il (...) ne pas tirer profit d'une crainte injuste* »²⁴⁶.

254. Le consensualisme est consacré comme principe général de formation des contrats à l'époque moderne²⁴⁷.

Premièrement, il y a une évolution de la doctrine savante et particulièrement de la doctrine canoniste dont les travaux trouvent un véritable écho dans la pratique jurisprudentielle.

De manière générale, pour tous les tribunaux, ne pas tenir sa parole constitue désormais un péché²⁴⁸. De plus, même les parlements méridionaux, les plus réfractaires au

²⁴¹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 854, §563.

²⁴² J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 854, §563.

²⁴³ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Corpus, série Histoire du Droit, Economica, Paris, 2012, p. 539.

²⁴⁴ Hugo de Groot dit GROTIUS

²⁴⁵ D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 539.

²⁴⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 539.

²⁴⁷ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 118.

²⁴⁸ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 821, §536.

consensualisme l'acceptent comme mode de formation des contrats²⁴⁹. Effectivement, au XVI^{ème} siècle ces juridictions accordent une considération particulière aux contrats consensuels et recherchent l'intention des parties sans se limiter à leur parole²⁵⁰.

255. Deuxièmement, le contexte juridique est également marqué par une évolution de la pratique notariale qui semble avoir parfaitement intégré le principe du consensualisme se traduisant par l'insertion généralisée dans les contrats de clauses stipulatoires de style²⁵¹ consistant à assurer que le consentement a été respecté et qu'il n'a pas été extorqué au moment de la formation du contrat.

256. Enfin, la consécration du consensualisme est due en grande partie à l'émergence de l'Ecole du Droit naturel moderne.

« *Le consensualisme devient le corollaire de la liberté ; les formes ne sont que « des signes » qui prouvent le consentement* »²⁵². Les philosophes du Droit naturel proclament ainsi l'autonomie et la souveraineté de la volonté²⁵³. En effet, SUAREZ utilise l'adage « *pacta sunt servanda* » (les pactes doivent être observés). GROTIUS s'appuie sur la règle « *solus consensus obligat* » (à lui seul, le consentement oblige). Samuel Von PUFENDORF justifie « *le consentement en s'appuyant sur l'idée de liberté de la volonté humaine* »²⁵⁴. Jean DOMAT, père spirituel de l'article 1134 du Code civil, influencé par l'Ecole du Droit naturel, soutient la validité immédiate de tous les contrats dès le XVIII^{ème} siècle »²⁵⁵. En effet, il énonce, dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, que : « *les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes, qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles se promettent* ». Il précise que : « *la convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour*

²⁴⁹ J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Ibid*, p. 820, §535.

²⁵⁰ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Objectifs droit cours, LexisNexis, Paris, 2011, p. 139, §75.

²⁵¹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 819, §535.

²⁵² E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *op. cit.*, p. 134, §72.

²⁵³ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 134, §72.

²⁵⁴ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 821, §536.

²⁵⁵ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 821 et s., §536.

former entre eux quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer ». Il ajoute que : « *toutes les conventions, nommées ou innommées, ont toujours leur effet et elles obligent à ceux qui est convenu* ». Il finit en rappelant l'importance de la volonté de chacune des parties : « *les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel, donné et arrêté réciproquement* »²⁵⁶.

257. Ainsi, ces auteurs font reposer la création des obligations contractuelles sur le consentement et donc, *a fortiori*, sur la liberté et la volonté des parties²⁵⁷. Ils s'inspirent également d'un texte d'ULPIEN sur l'édit *De pactis* retranscrit dans le Digeste dans lequel ce dernier considère que : « *rien n'est plus conforme à la loi humaine que d'observer ce dont on est convenu* »²⁵⁸. Il considère que le consensualisme est conforme à l'équité naturelle.

Et par conséquent, le principe du consensualisme repose sur une obligation morale voire religieuse²⁵⁹.

258. L'Ecole du Droit naturel moderne et l'évolution de la notion de crainte. L'apport essentiel de l'Ecole du Droit naturel moderne consiste dans les travaux de ses auteurs sur la nature et la conception de la violence.

GROTIUS adopte une approche mixte de la nature de la crainte. Selon lui, « *la protection de l'intégrité du consentement relève à la fois du contractuel et du délictuel* »²⁶⁰.

On retrouve d'une part, une conception contractuelle qui se traduit par la protection du consentement et l'idée des vices du consentement dans la doctrine de l'Ecole du Droit naturel moderne : celui qui a obtenu quelque chose en extorquant le consentement de son

²⁵⁶ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 821 et s., §536 ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 139 et s., §76 ; Jean DOMAT, *les lois civiles dans l'ordre naturel*, 1689 (livre 1^{er}, titre 1^{er}, section II, section VII, section VIII).

²⁵⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 134, §72.

²⁵⁸ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 822, §536 ; ULPIEN sur l'édit *De pactis* (D., 2, 14, 1, pr).

²⁵⁹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 135, §72.

²⁶⁰ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 539.

cocontractant « doit le restituer en entier parce qu'il n'a pas le Droit de le contraindre »²⁶¹.

D'autre part, la conception délictuelle ou « *quasi-contractuelle* »²⁶² de la crainte s'illustre par le fait que l'auteur de la crainte devrait être poursuivi pour enrichissement sans cause. C'est une approche traditionnelle.

259. Malgré cette approche partiellement contractuelle, GROTIUS ne considère pas que la crainte puisse porter atteinte intrinsèquement au contrat. « *Le consentement extorqué par violence reste, aux yeux du Droit naturel, un consentement* »²⁶³. En effet, il applique, ici, l'adage romain « *coacta voluntas, tamen voluntas est* » c'est-à-dire, une volonté contrainte reste une volonté²⁶⁴. Il poursuit : « *afin de réparer les dommages causés injustement par l'extorsion de consentement, il (l'auteur de la crainte) ne doit pas réclamer l'exécution de ce qu'il a obtenu par la force par la crainte, même s'il ne s'agit que d'une crainte légère* »²⁶⁵.

Ainsi, GROTIUS ne sanctionne pas une convention passée sous l'empire d'une crainte par la nullité. Il s'inspire directement et pleinement de la sanction appliquée par le prêteur sous le Droit romain qui consiste à paralyser le contrat de son efficacité. Malgré les travaux réalisés sur la notion du consentement, sur la volonté et la liberté de l'Homme par l'Ecole du Droit naturel moderne, GROTIUS retient, curieusement, que la convention passée sous l'empire de la crainte et de la crainte est civilement valable, autrement dit, elle est valablement formée. A l'instar du Droit romain, seule l'exécution, selon GROTIUS, devrait être paralysée. La victime pourra espérer seulement une indemnisation car son consentement a été extorqué. GROTIUS reste donc fidèle au Droit romain et inscrit la crainte dans une conception davantage délictuelle que contractuelle.

²⁶¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 539.

²⁶² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

²⁶³ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

²⁶⁴ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

²⁶⁵ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

260. Samuel Von PUFENDORF semble quelque peu indécis quant à la nature et au régime de la crainte.

Toutefois, il reste intransigeant sur le fait que la formation du contrat nécessite forcément que les parties puissent en toute liberté exprimer leur propre volonté²⁶⁶. En effet, il affirme que « *ce serait pêcher contre les principes du Droit naturel que de vouloir tirer profit d'une volonté émise sous la contrainte* »²⁶⁷. Il ajoute que « *l'acceptation d'une volonté qui trouve sa seule source dans la crainte (qui semble être causé par l'autre partie) est illégitime* »²⁶⁸.

Samuel Von PUFENDORF semble retenir une approche plutôt contractuelle que délictuelle de la crainte. Toutefois, il reste très ambiguë sur le sujet et expose les différentes possibilités de traiter la crainte et donc les différentes approches qui peuvent être retenues de la crainte.

261. La première possibilité consiste à « *voir dans la violence un événement propre à empêcher la formation du contrat. Le contrat n'est pas nul : il n'a pas été formé* »²⁶⁹ en raison de l'inexistence du consentement de la victime.

La deuxième possibilité consiste à « *voir dans la violence un vice du consentement. [...] Le contrat est nul parce que l'auteur de la violence est de toutes les façons tenu de réparer et que cette réparation consiste dans le fait de restituer la prestation reçue, de sorte que s'opère en réalité une « compensation nécessaire » entre la prestation due par la victime et l'indemnisation due par l'auteur ; compensation qui « éteint » le contrat* »²⁷⁰.

La troisième possibilité consiste à ce que « *la violence fonctionne comme un vice du consentement du point de vue de celui qui a consenti sous la contrainte, et comme un empêchement à la rencontre des volontés, donc à la formation du contrat, du point de vue de l'autre* »²⁷¹.

²⁶⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

²⁶⁷ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

²⁶⁸ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

²⁶⁹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

²⁷⁰ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

²⁷¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

262. La première possibilité s'inscrit dans une logique contractuelle pure. Ici, la crainte empêcherait la formation du contrat, autrement dit, il n'y a pas de consentement mutuel des parties. Le consentement au contrat fait défaut car les volontés des parties ne se rencontrent pas. Autrement dit, la sanction ici retenue, par Samuel Von PUFENDORF, est l'inexistence du contrat.

263. La deuxième possibilité participe à inscrire la crainte dans une conception contractuelle. Ici, la crainte est considérée comme étant un vice du consentement. En effet, le consentement mutuel des parties a eu lieu, il y a donc consentement mais ce consentement est vicié car la volonté de l'une des parties a été extorquée. Par ailleurs, le contrat est formé mais il a vocation à être annulé car la sanction est la réparation de la victime qui induit nécessairement de restituer la prestation reçue. Le but étant bien évidemment de faire disparaître avec elle toutes traces du contrat et de la crainte.

264. La troisième possibilité présente un régime mixte de la crainte.

Pour la victime, la crainte serait un vice du consentement. Cette solution s'explique car si la nature de la crainte retenue est celle d'un vice du consentement cela induit forcément que le contrat formé va être annulé car le préjudice de la victime doit être réparé. Cette réparation passe par la restitution des prestations.

Dans le système de Samuel Von PUFENDORF, la solution retenue pour l'auteur est différente et la nature de la crainte retenue diffère également. Il s'agit de retenir l'inexistence du contrat car la crainte empêche la rencontre des volontés et donc des consentements mutuels des parties. Cette solution s'explique par la volonté de punir l'auteur en ne reconnaissant pas l'existence de ce contrat.

265. Il ressort ainsi de l'analyse du système de Samuel Von PUFENDORF que ce dernier semble concevoir la crainte à travers d'une approche contractuelle sans retenir une nature indéfinie flirtant tantôt avec une approche délictuelle et tantôt avec une approche contractuelle comme cela a pu être le cas précédemment et contrairement à ce qu'il laisse

penser de prime abord ; permettant ainsi à la crainte de se défaire finalement et définitivement, du moins il faut l'espérer, de sa nature traditionnelle délictuelle.

C'est ainsi qu'il est le premier à ouvrir la voie à l'approche purement et pleinement contractuelle du traitement de la crainte.

266. Bien que la conception délictuelle de la crainte fût retenue à l'époque, le régime de la crainte et la pratique s'inscrivent dans une logique contractuelle.

En effet, il y a une sorte d'hésitation entre l'approche traditionnelle et l'approche contractuelle. On aboutissait même à des régimes quasi-mixtes mêlant ces deux conceptions.

267. C'est la première fois que la crainte est envisagée pleinement à la lumière d'une approche contractuelle. En effet, il y a une vraie cohérence entre le but recherché celui de protéger l'intégrité du consentement d'une personne dont le consentement a été extorqué et le régime proposé pour y parvenir.

Il faut souligner que Samuel Von PUFENDORF ne s'est jamais prononcé de manière ferme sur la nature de la crainte faisant preuve d'une grande prudence. Toutefois, il semblerait, eu égard au système qu'il propose, qu'il considère que la crainte soit un vice du consentement, soutenant, par ailleurs, la thèse selon laquelle elle s'inscrit dans une approche purement et pleinement contractuelle, car, contrairement à GROTIUS, il rappelle que : « *pour former le contrat, il faut que celui à qui l'on déclare sa propre volonté soit en mesure de l'accepter légitimement* »²⁷².

268. Samuel Von PUFENDORF fait un apport conséquent à l'étude de la crainte ainsi qu'à celle de la crainte résultant des circonstances extérieures et donc à celle de la contrainte économique.

²⁷² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540.

Effectivement, selon lui, la crainte ne se limiterait pas au stade de la formation, elle pourrait avoir lieu lors de l'exécution du contrat et la sanction serait que la victime s'abstienne d'exécuter ses obligations²⁷³. Ce qui importe, c'est ce nouveau domaine d'application de la crainte qui n'est plus limité à la formation du contrat mais qui s'étend à l'exécution du contrat. Ainsi, les situations de contrainte économique qui sont traitées au titre de la crainte ne sont plus limitées à la seule formation du contrat mais trouvent un nouveau terrain de jeu : l'exécution du contrat.

Dès lors, il faut s'interroger sur la légitimité, l'opportunité et l'efficacité du traitement de la crainte comme elle est entendue jusqu'ici pour réprimander une crainte qui sévit non seulement au moment de la conclusion mais également au moment de l'exécution du contrat ? En effet, à l'aune de cette interrogation, le système de Samuel Von PUFENDORF comme les sanctions retenues et étudiées jusqu'ici différentes doctrines semblent bien dépassées et inefficaces. Ce point sera développé plus tard dans l'étude.

269. L'ancien régime et l'évolution de la notion de crainte. L'époque moderne se caractérise par un avancement certain de la notion de vice du consentement. En effet, Jean DOMAT parlait de « *vices de conventions* »²⁷⁴, Robert-Joseph POTHIER préférait l'expression de « *vices des contrats* »²⁷⁵ ou « *des vices qui peuvent se rencontrer dans les contrats* »²⁷⁶. Ce n'est qu'au XIX^{ème} siècle que l'expression vices du consentement sera adoptée. Ces changements d'ordre sémantiques mettent en exergue que l'époque moderne est caractérisée par le fait que le consentement est placé au cœur du domaine contractuel.

Jean DOMAT dit des contrats qu'il s'agit d'« *engagements volontaires* »²⁷⁷ et qu'ils doivent être réalisés « *en connaissance et avec liberté* »²⁷⁸. Ce qui suppose un consentement libre et intègre, s'opposant ainsi, fermement à toutes formes de crainte lors de la conclusion des contrats.

²⁷³ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 540 et s.

²⁷⁴ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 528.

²⁷⁵ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 845, §556.

²⁷⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 528.

²⁷⁷ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 528.

²⁷⁸ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 528.

270. S'agissant de la gravité de la crainte sous l'Ancien Régime. Jean DOMAT considère que toute crainte est illégitime²⁷⁹ et illicite peu importe qu'elle soit contraire au Droit dès lors qu'elle entraîne un défaut de liberté²⁸⁰.

Il en résulte deux conséquences. La première est que toutes violences étant illicites, elles doivent toutes être sanctionnées. Ainsi, dans le système de Jean DOMAT, la condition relative à la gravité n'existe pas. Ce garde-fou de la sécurité juridique et de la pérennité contractuelle est assuré chez Jean DOMAT par la notion de caractère déterminant de la violence²⁸¹, représentant la seconde conséquence. En effet, il suffit de prouver le caractère déterminant de la violence, c'est-à-dire que la crainte a poussé voire obligé la victime à un adopter un comportement contractuel qu'elle n'aurait jamais eu en temps normal, sans apporter la preuve d'une crainte exorbitante. En effet, il définit ainsi la crainte : « *toute impression illicite qui porte une personne contre son gré, par la crainte de quelque mal considérable, à donner un consentement qu'elle ne donnerait pas, si la liberté était dégagée de cette impression* »²⁸².

271. S'agissant des effets et des sanctions de la crainte sous l'Ancien Régime. L'époque moderne érige le consentement comme expression de la volonté et de la liberté des parties à un contrat.

272. Or, pour Jean DOMAT, la crainte anéantit la liberté et la volonté²⁸³. En effet, il estime que : « *celui dont le seul choix réside dans le fait de contracter (pour subir une perte) ou dans le fait de s'exposer à un péril plus grave encore se trouve dans un état où il ne peut user de sa liberté pour prendre le parti de conserver ce qu'on veut lui perdre*

²⁷⁹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 532.

²⁸⁰ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd., coll. Leçons de Droit civil, Montchrestien, Paris, 1998, t. 2, vol. 1, p. 191, §202.

²⁸¹ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Corpus, série Histoire du Droit, Economica, Paris, 2012, p. 532.

²⁸² D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 532 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd., coll. Leçons de Droit civil, Montchrestien, Paris, 1998, t. 2, vol. 1, p. 190, §200.

²⁸³ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 533.

»²⁸⁴. Il en déduit que le consentement donné par la victime « *n'a pas le caractère de la liberté nécessaire pour s'engager* »²⁸⁵. Jean DOMAT dira qu'il est « *sans effet* »²⁸⁶. Considère-t-il que le consentement existe mais qu'il est imparfait car extorqué par la crainte ou estime-t-il que le consentement n'a jamais existé ? Il retient comme sanction à la crainte l'annulation du contrat passé sous l'empire d'une crainte ou d'une contrainte. La légitimité de la sanction retenue s'apprécie au regard du consentement : si, pour Jean DOMAT, le consentement existe mais qu'il est imparfait, l'annulation semble être légitime ; en revanche, s'il considère que le consentement n'existe pas en raison de la crainte, le choix portant sur l'annulation est critiquable, l'inexistence du contrat devra être préférée. Il semblerait que Jean DOMAT, soit contrairement à Robert-Joseph POTHIER favorable à la thèse selon laquelle quand il y a violence, il n'y a pas consentement.

273. Pour Robert-Joseph POTHIER, la crainte n'anéantit pas le consentement intrinsèquement. Il s'aligne sur la position du Droit romain qui considérait que « *coacta voluntas, tamen voluntas est* » c'est-à-dire qu'une volonté contrainte, reste une volonté. En effet, il considère que le consentement existe mais qu'il est imparfait autrement dit, il est valable mais il est « *vicieux* »²⁸⁷. Il admet ainsi, la réduction de l'obligation excessive contractée sous la crainte d'un péril imminent²⁸⁸ dans le but de protéger la victime afin d'assurer l'autonomie de la volonté²⁸⁹.

274. Cette sanction se rapproche de la notion d'avantage excessif ou disproportionné et de la notion de déséquilibre contractuel. Les travaux de Robert-Joseph POTHIER sont précurseurs en la matière. La crainte poussera la victime à concéder bien plus qu'elle n'aurait concéder en temps normal, si elle n'avait pas subi cette crainte. Ainsi, on retrouve

²⁸⁴ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 533 : Jean DOMAT, Les Lois civiles dans leur ordre naturel, 1689 (livre I, titre XVIII, section II, section III).

²⁸⁵ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 533 : Jean DOMAT, Les Lois civiles dans leur ordre naturel, 1689 (livre I, titre XVIII, section II, section III).

²⁸⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 533 : Jean DOMAT, Les Lois civiles dans leur ordre naturel, 1689 (livre I, titre XVIII, section II, section III).

²⁸⁷ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 533 : Robert-Joseph POTHIER, Traité des obligations, 1761 (n° 21 et s.).

²⁸⁸ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 533.

²⁸⁹ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Ibid*, t. 2, vol. 1, p. 190, §199 : Robert-Joseph POTHIER, Traité des obligations, 1761 (n° 21 et s.).

pour la première fois, l'idée que le résultat de la crainte donne lieu non seulement à un avantage qu'elle n'aurait jamais concéder mais à un avantage excessif, disproportionné de l'avantage qu'elle aurait pu concéder en temps normal c'est-à-dire en dehors de toute crainte.

275. Il convient également de noter que Robert-Joseph POTHIER ne préconise comme sanction ni l'inexistence du contrat ni la nullité de plein Droit ni l'annulation du contrat. Mais, il estime que la sanction adéquate serait une réduction de l'obligation excessive c'est-à-dire du déséquilibre contractuel. En autres termes, il opère une réduction de l'obligation dans le but de rechercher et d'établir un équilibre contractuel pour effacer toutes traces de la contrainte en « ramenant » l'obligation de la victime à un niveau qu'elle aurait pu accepter en temps normal en dehors de toute crainte.

Il opère une sorte d'ajustement en ramenant l'avantage extorqué par l'auteur à un niveau que la victime aurait pu concéder en dehors de toute crainte. Le but est d'effacer les conséquences de la crainte afin de pouvoir effacer la crainte elle-même.

276. Concernant la nature de la crainte : Quid de l'approche retenue par les pères spirituels du Code civil ? C'est en s'inspirant des travaux de GROTIUS que Robert-Joseph POTHIER opte pour une conception délictuelle de la crainte²⁹⁰. Alors que, Robert-Joseph POTHIER adopte une position explicite quant à la nature de la crainte, la position de Jean DOMAT reste particulièrement ambiguë et beaucoup moins tranchée que celle de Robert-Joseph POTHIER.

²⁹⁰ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 533.

En effet, il considère que la protection du contractant est liée aux « *préceptes divins* »²⁹¹. Selon lui la sanction de la crainte est du « *Droit naturel, qu'il ne pourrait y avoir d'ordre dans la société des hommes si les moindres violences n'étaient pas réprimées* »²⁹².

L'approche retenue par Jean DOMAT reste particulièrement indécise. Toutefois, il semblerait qu'il soit davantage attaché à une approche délictuelle que contractuelle de la crainte. En effet, bien qu'il prône la protection du contractant et de son consentement s'inscrivant ainsi dans une logique plutôt contractuelle, il n'a, cependant, cessé de clamer le caractère illicite de la crainte en parlant de « *voies illicites* », de rattacher la prise en compte de la crainte aux préceptes divins et au Droit naturel, et d'affirmer que la sanction de la crainte est un devoir, une obligation incombant à toute société d'hommes s'inscrivant ainsi davantage dans d'une conception délictuelle de la violence.

277. Une appréciation *in concreto* de la crainte. En s'inspirant des travaux des canonistes et en se rapprochant de l'École du Droit naturel, Jean DOMAT « *analyse la violence comme un vice qui entrave la liberté nécessaire au consentement* »²⁹³. Le consentement de la victime n'est pas totalement libre. Le but étant de protéger le consentement de celui qui est en position de faiblesse à travers la crainte.

278. Pour ce faire, il plaide pour une appréciation *in concreto* donc subjective de la crainte. En effet, selon Jean DOMAT, « *les effets doivent se juger selon les circonstances, et de façon moins exigeante que les civilistes* »²⁹⁴. Ainsi, il souhaite que la crainte soit appréciée en fonction de sa gravité intrinsèque et en fonction de la qualité de la victime. A ce titre, il déclare que : « *toutes les personnes n'ont pas la même fermeté pour résister à des violences et à des menaces* » et qu'il est « *juste de protéger aussi les plus faibles et*

²⁹¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 533. : Jean DOMAT, Les Lois civiles dans leur ordre naturel, 1689 (livre I, titre XVIII, section II).

²⁹² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 533 : Jean DOMAT, Les Lois civiles dans leur ordre naturel, 1689 (livre I, titre XVIII, section II).

²⁹³ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 148, §83.

²⁹⁴ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 148, §83.

*les plus timides : et c'est même pour eux principalement que les loix punissent toutes sortes de voyes de fait, et d'oppressions »*²⁹⁵.

Robert-Joseph POTHIER préconise également une appréciation subjective de la contrainte. Il incite à prendre en compte la personnalité de la victime : « *on doit en cette matière avoir eu égard à l'âge, au sexe, et à la condition des personnes »*²⁹⁶.

279. Or, l'appréciation de la crainte se fait traditionnelle de manière objective c'est-à-dire en fonction d'un standard, elle doit être de nature à faire impression sur un *homo constantissimus*, un homme « très ferme et très courageux », ou sur un homme « simplement courageux » (en fonction des différentes périodes historiques). Ainsi, seules les craintes particulièrement graves, excessives et abusives sont sanctionnées.

280. L'appréciation en fonction de la gravité intrinsèque de la crainte est donc une évolution. Elle est plus attachée à la qualité de la victime. Ainsi, peu importe que la victime soit un *homo constantissimus* ou soit un homme « simplement courageux » ou même un homme « timide ».

L'appréciation de la contrainte eu égard à la qualité de la victime doit être encouragée comme toute appréciation *in concreto* de la contrainte encourage elle-même la protection des personnes faibles ou en position de faiblesse.

281. L'appréciation de la crainte se fait moins rigide mais est paradoxalement plus rigoureuse car plus proche de la réalité.

Contrairement à l'appréciation objective, l'appréciation subjective s'inscrit définitivement dans une conception contractuelle de la crainte. Effectivement, l'approche contractuelle de la crainte impose de se placer du point de vue de la victime lors de l'appréciation de la crainte. Le but étant alors la protection de la victime et plus

²⁹⁵ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 533 : Jean DOMAT, Les Lois civiles dans leur ordre naturel, 1689 (livre I, titre XVIII, section II, section III).

²⁹⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 532 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Ibid*, t. 2, vol. 1, p. 194, §204 : Robert-Joseph POTHIER, Traité des obligations, 1761 (n° 25).

particulièrement la protection du consentement de la victime. En définitive, une attention plus importante est portée à la psychologie de la victime par l'appréciation *in concreto* qui s'inscrit dans une logique protectrice et curative non dans une logique répressive.

L'appréciation *in concreto* offre en somme une analyse où les données psychologiques priment sur les données morales.

282. Le recours à l'appréciation *in concreto* constitue la fin d'une longue évolution engagée depuis longtemps et marque également le début d'un nouveau combat. Effectivement, l'appréciation de la crainte eu égard à ses circonstances fait son apparition. Dès lors, les circonstances de la crainte sont prises en compte pour qualifier la crainte.

C'est ainsi que certaines voix de la doctrine s'élèvent pour plaider en faveur d'une réception de la crainte résultant des circonstances extérieures et économiques.

283. Le consensualisme sous le Droit révolutionnaire. Les Constituants prennent appui sur « les concepts de liberté et d'individu » afin de fonder le consensualisme. Ils s'inspirent des jusnaturalistes et des philosophes des lumières²⁹⁷. En revanche, le Droit des contrats sous le Droit révolutionnaire est laïcisé par le législateur qui prend soin de l'épurer de toutes références ou d'appuis religieux et morales²⁹⁸. Ainsi, avant la fin du XVIII^{ème} siècle, le consensualisme devient déjà le principe de la formation des contrats²⁹⁹. « *La loi étant l'expression de la volonté générale, le contrat devient celle des particuliers* »³⁰⁰.

284. La consécration en Droit révolutionnaire de la théorie des vices du consentement repose sur le concept de liberté, concept largement porté par le contexte politique révolutionnaire. En effet, l'Homme étant libre, il doit pouvoir librement contracter. Cette liberté contractuelle nécessite forcément de pouvoir donner un consentement libre et

²⁹⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 206, §127.

²⁹⁸ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 206, §128 et p. 230.

²⁹⁹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Ibid*, p. 822, §536.

³⁰⁰ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 206, §127.

éclairé, exempt de tous vices afin de pouvoir exprimer sa propre volonté et ainsi de pouvoir jouir de sa liberté, car la volonté est, dit TOULLIER, « *la conséquence de la liberté accordée à l'Homme* »³⁰¹.

Denis DIDEROT et Jean Le Rond D'ALEMBERT, dans l'*Encyclopédie*, déclarent que le contrat est formé « *par le consentement mutuel et réciproque des parties contractantes* »³⁰².

Merlin DE DOUAI considère que : « *le consentement des parties forme l'essence des contrats* »³⁰³. De plus, son projet personnel du Code civil, D'OLIVIER énonce que c'est de la liberté que « *naît le Droit de contracter, qui n'est que la faculté de choisir son bonheur individuel* »³⁰⁴. A ce titre, Jean-Jacques-Régis de CAMBACERES, dans son Rapport introductif du premier projet³⁰⁵, déclare que : « *la volonté des contractant est la règle la plus absolue* » et qu'elle est « *la première loi des contrats* »³⁰⁶ qu'il résume ainsi : « *sans consentement, point de conventions* ».

Par ailleurs, le juge révolutionnaire « *donne à l'accord de volonté son plein effet* »³⁰⁷.

285. Le Droit révolutionnaire reprend la doctrine des vices du contrat sans y apporter des modifications : le consentement peut être altéré par l'erreur, le dol, la lésion, la violence et Merlin DE DOUAI y ajoute la suggestion (proche de l'abus de faiblesse en droit positif)³⁰⁸.

³⁰¹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 233, §155 : Charles Bonaventure Marie TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, Paris, 1811-1831.

³⁰² E. CHEVREAU, Y. MAUSEN Yves, C. BOUDE, *Ibid*, p. 208 : Denis DIDEROT, Jean Le Rond D'ALEMBERT, *Encyclopédie*, Paris, 1751.

³⁰³ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 209, §133 : Philippe-Antoine Merlin DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1812 (v. contrat).

³⁰⁴ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 209, §133.

³⁰⁵ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 232, §155.

³⁰⁶ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 232, §155 : FENET rapportant que dans le troisième projet du Code civil, Jean-Jacques-Régis de CAMBACERES, innove avec l'idée de « *concours de volontés* ».

³⁰⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 209, §133 et s. et p. 210, §134.

³⁰⁸ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 210 et s., §135.

Ce système est largement perfectible car, en plus d'être particulièrement floues, les notions empiètent les unes sur les autres : la violence est souvent assimilée au dol, et le dol à la lésion³⁰⁹.

286. La consécration de la conception contractuelle sur la conception délictuelle au sein du vice de violence met un terme à la conquête des données psychologiques sur les données morales.

PARAGRAPHE IV. LA POSITION RÉVOLUTIONNAIRE DU DROIT FRANÇAIS DEPUIS 1804 : LE TRIOMPHE DE LA CONCEPTION CONTRACTUELLE AU SEIN DU VICE DE VIOLENCE

287. Quid de la place offerte par le Code civil au consensualisme depuis 1804 ? Le Code civil n'énonce pas le consensualisme en tant que principe. Il l'admet implicitement. Dès la fin du XVIII^{ème} siècle, le consensualisme a fini sa révolution. Le Code civil érige, implicitement, le principe du consensualisme « *comme première et principale condition à la validité de la convention* »³¹⁰.

Les rédacteurs du Code se sont alignés sur « *la conception du consensualisme développée sous l'Ancien régime et laïcisé* »³¹¹ par le droit révolutionnaire. Toutefois, ils fixent un cadre exigeant afin de tempérer l'initiative des contractants³¹². D'ailleurs, pour Jean-Etienne-Marie PORTALIS, la liberté de contracter doit être limitée « *par la justice, les*

³⁰⁹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 211, §135.

³¹⁰ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Objectifs droit cours, LexisNexis, Paris, 2011, p. 234, §156.

³¹¹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *op. cit.*, p. 230.

³¹² E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 233, §155.

bonnes mœurs, par l'utilité publique »³¹³. Ainsi, la liberté contractuelle est tempérée par « *les idéaux de confiance et de bonne foi, assurant le triomphe de la morale et de la raison* »³¹⁴.

A la fin du XIX^{ème} siècle, le consentement est la notion sur laquelle repose tout le droit des contrats³¹⁵.

288. Le contexte politique révolutionnaire a pour objet et pour effet de mettre l'Homme au cœur des préoccupations. Le consentement devient alors vite le mode de création des obligations contractuelles.

La conséquence naturelle du principe du consensualisme est l'autonomie de la volonté. Le contrat est « *souvent considéré comme une manifestation de l'autonomie de la volonté* »³¹⁶. Il est nécessaire que « *le consentement doit être donné par une volonté éclairée et libre* »³¹⁷ lors de la formation du contrat pour qu'il soit « *juridiquement efficace* »³¹⁸. « *La volonté altérée par un vice du consentement n'est pas réellement autonome : elle est menée par autrui ou par une illusion* »³¹⁹.

289. Mais le consentement seul ne suffit pas à former, valablement, un contrat. Encore faut-il qu'il ne soit pas atteint de vice.

En effet, « *la volonté manifestée par une partie n'a de signification et ne peut donc l'obliger que si elle est réelle, libre et consciente* »³²⁰. Donc, le consentement doit être donné en toute connaissance de cause et être librement exprimé. Elle doit être libre et

³¹³ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 234, §156 : Jean-Etienne-Marie PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, Paris, 1801.

³¹⁴ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 234, §156. : Jean-Etienne-Marie PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, Paris, 1801.

³¹⁵ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 245, §164.

³¹⁶ M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, éd. 2010-2011, coll. Manuel, Paradigme, Paris, 2010, p. 159, §287.

³¹⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens, les obligations*, 22^{ème} éd., coll. Quadrige Manuel, P.U.F., Paris, 2004, vol. II, p. 1989, §956.

³¹⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*, vol. II, p. 1989, §956.

³¹⁹ J. CARBONNIER, *Ibid*, vol. II, p. 2001, §962.

³²⁰ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 57, §70.

consciente. En somme, le consentement doit être intact dans son élément de « *pleine conscience* »³²¹ et dans son élément de liberté. Le contrat ne saurait reposer « *sur une décision non volontaire du contractant* »³²². Le cas échéant, il s'agira « *d'une simple déclaration de volonté sans contenu véritable, à laquelle notre Droit refuse d'attacher un effet créateur d'engagements* »³²³. Autrement dit, il ne doit pas être entaché d'aucun des trois vices du consentement que sont l'erreur, le dol, et la violence³²⁴. Il est reconnu à la violence, ou plutôt à l'absence de violence, un rôle essentiel dans la formation du contrat³²⁵. Ainsi, la violence, au même titre que les autres vices du consentement sont considérés par le Code civil « *comme des exigences de pureté dans le consentement* »³²⁶.

290. Il convient de noter que le Code civil limite, autant que faire ce peut, la théorie des vices du consentement afin de concilier « *le respect du principe de l'autonomie et de la volonté et l'impératif de sécurité juridique et de stabilité contractuelle. (...) Toute erreur, toute pression exercée contre un contractant, toute tentative de faire une « bonne affaire » n'(est) pas sanctionnée* »³²⁷.

Contrairement au Droit intermédiaire, la théorie des vices est plus cohérente : les notions sont clairement distinctes les unes des autres³²⁸. D'ailleurs, dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, on parle plus de « *vice de contrat* » mais de vices du consentement³²⁹. Ce changement loin d'être anodin met en lumière une réelle évolution s'opérant quant au poids de la notion même de consentement et de son importance dans le droit des contrats.

³²¹ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. Université, série Droit privé, Sirey, Paris, 2012, p. 293, §788.

³²² M. BRUSORIO-AILLAUD, *Ibid*, p. 159, §287.

³²³ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 57, §70.

³²⁴ Art. 1109 du C. civ. : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ».

³²⁵ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 293, §789.

³²⁶ J. CARBONNIER, *Ibid*, vol. II, p. 2001, §962.

³²⁷ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Ibid*, p. 293, §791.

³²⁸ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 247, §166 et p. 251, §172.

³²⁹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 248, §166 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 2008, t.1 : Contrat et engagement unilatéral, p. 338, §142 : « *le terme vient des exégètes du XIX^{ème}. Demolombe se demandait (Cours de Code Napoléon, t.24, 1868, p. 77) ainsi : « Quels sont les vices du consentement, qui peuvent entraîner la nullité du contrat ? » ».*

291. L'apport du Code civil au vice de violence. Les rédacteurs du Code civil consacrent la violence aux articles 1111 à 1115³³⁰ en s'inspirant largement de Jean DOMAT et de Robert-Joseph POTHIER.

L'apport est minime. Il faut noter dans un premier temps, que le Code civil traite de la crainte au titre de la violence, englobant aussi bien la violence morale que physique. Lors de la préparation du Code civil, les discussions portent essentiellement sur la gravité de la violence et sur la nécessité que le mal soit présent³³¹. Pour une question de sécurité juridique, les rédacteurs du Code civil, limitent la prise en compte de la crainte et de la violence aux violences graves, confirmant ainsi, la solution dégagée depuis le Droit romain.

292. S'agissant de l'appréciation de la gravité, le Code civil fait le choix curieux aussi bien d'une appréciation objective, *in abstracto* (la violence doit être de nature à faire impression sur une « *personne raisonnable* »³³²), héritée du régime de la crainte et que d'une appréciation subjective, *in concreto* (« *âge, sexe, condition des personnes* »³³³) consacrant ainsi, le point de vue de Robert-Joseph POTHIER et de Jean DOMAT (appréciation subjective).

293. L'appréciation de la crainte au regard des circonstances qui l'entourent est également consacrée pour la première fois dans un corps juridique. En effet, le recours à une appréciation *in concreto* avait déjà été soutenu à différentes époques et par différentes plumes de la doctrine dont celle de Jean DOMAT et de Robert-Joseph POTHIER mais c'est la première fois qu'elle a une valeur juridique dépassant ainsi le seul stade de la doctrine. Les rédacteurs ont suivi les recommandations de Jean DOMAT et Robert-Joseph POTHIER de prendre en compte toutes les circonstances, internes et externes, de

³³⁰ Nouvelles codifications : la violence est consacrée des articles 1140 à 1142 du C. civ. par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

³³¹ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Corpus, série Histoire du Droit, Economica, Paris, 2012, p. 546.

³³² Art. 1112 du C. civ., al. 1^{er}.

³³³ Art. 1112 du C. civ., al. 2nd.

la crainte³³⁴. Ainsi, rapidement la nature particulièrement contextuelle de la contrainte économique dicte le recours à une appréciation *in concreto* afin que ses circonstances soient prises en compte lors de la qualification de la contrainte.

294. Quid de la conception de la violence retenue par le Code civil : conception délictuelle ou contractuelle ? L'ambiguïté demeure. Il n'y a pas de réponse explicite. D'ailleurs, André BRETON considère que : « *le Droit moderne n'a pas su se dégager entièrement de la conception délictuelle de la violence, réprimée en raison du trouble social qu'elle cause* »³³⁵.

Toutefois, il semblerait que les rédacteurs du Code civil aient fait le choix de privilégier une approche contractuelle de la violence. Plusieurs indices convergences dans ce sens. Premièrement, le fait que la violence figure au sein du Code civil qui ne connaît que des relations entre particuliers. Deuxièmement, elle est traitée au titre III intitulé « Des contrats ou de obligations conventionnelles en général », au sein du chapitre II « Des conditions essentielles pour la validité des conventions » sous la première section « Du consentement ». L'approche contractuelle est donc implicitement consacrée.

Enfin, le choix de la sanction est significatif. La sanction retenue par le Code civil en cas de violence lors de la formation des contrats est la nullité relative du contrat. Le consentement extorqué par violence n'est pas valable³³⁶. Autrement dit, il n'est pas valablement formé. Il existe mais il est imparfait, vicié car il a été extorqué. La convention n'est pas nulle de plein droit. Elle est simplement annulable³³⁷.

295. L'apport de la doctrine au vice de violence. La seconde moitié du XIX^{ème} siècle est marquée par une évolution de la théorie des vices du consentement. Elle est marquée par l'émergence de nouveaux contrats dits déséquilibrés, tels que le contrat d'assurance,

³³⁴ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd., coll. Leçons de Droit civil, Montchrestien, Paris, 1998, t. 2, vol. 1, p. 195, §204.

³³⁵ A. BRETON, *La notion de violence en tant que vice du consentement*, thèse Caen, 1925. Dans le même sens : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, t. 2, vol. 1, p. 196, §208.

³³⁶ Art. 1109 du C. civ.

³³⁷ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 845, §556 ; Dans le même sens : D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 547 ; Pierre-Antoine FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1827 (XIII, p. 224).

le contrat de travail, et le contrat de transport par voie de chemin de fer³³⁸. Ainsi, cette meilleure compréhension des vices du consentement fait face à l'explosion du déséquilibre contractuel.

Il faut noter que très tôt dans la réception de la contrainte économique par le Droit, elle est systématiquement, et, sans aucun doute implicitement liée au déséquilibre contractuel. En effet, le déséquilibre contractuel résulte incontestablement d'une situation de contrainte économique. Cependant, il faut nuancer cette indication en précisant que tout déséquilibre contractuel ne résulte pas d'une contrainte économique. La relation entre la contrainte économique et le déséquilibre contractuel méritera d'être plus amplement étudié par la suite lors de l'étude.

296. La doctrine permet de dégager une conception générale de la violence. Elle soumet l'annulation du contrat pour violence à deux conditions : la gravité et à l'absence de justification c'est-à-dire à l'illégitimité.

297. S'agissant de la gravité, il suffit que le mal employé soit de nature à inspirer une crainte vive³³⁹. S'agissant de l'appréciation de la gravité, la doctrine civiliste du XIX^{ème} et XX^{ème} siècle ainsi que la Cour de cassation préfèrent l'appréciation *in concreto* à l'appréciation *in abstracto*. En effet, les juges du fond prennent en compte la situation personnelle de la victime (profession en ressources...)³⁴⁰.

298. S'agissant de l'illégitimité, en s'inspirant du Droit romain, de notre ancienne tradition (Robert-Joseph POTHIER) la doctrine et la jurisprudence ne prennent en compte que des voies de faits et des violences injustes et écartent la crainte référentielle ou les voies de droit³⁴¹. En effet, René DEMOGUE déclare que la violence c'est « *toute pression anormale et injuste* »³⁴² mettant ainsi en exergue « *la dimension fautive du*

³³⁸ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 245, §164.

³³⁹ Crim., 27 juillet 1912, *S.*, 1913, n° 1, p. 388.

³⁴⁰ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 565.

³⁴¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 565.

³⁴² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 565.

comportement »³⁴³. Par « pression anormale », il fait référence à la condition de la gravité : seules les craintes et contraintes particulièrement graves, excessives, exagérées sont sanctionnables. Par « pression injuste », il vise la condition de l'illégitimité, les pressions justes étant la crainte d'un créancier sur son débiteur, la menace d'avoir recours à une voie de droit, la crainte révérencielle...

299. Cependant, la doctrine est en désaccord quant aux effets de la violence.

René DEMOGUE justifie la prise en compte de la violence car « *elle a pour effet d'opprimer la volonté de la victime en vue de faire contracter dans le but injuste* »³⁴⁴.

En effet, BIGOT estime que : « *celui qui consent doit être libre* »³⁴⁵, « *il n'y a pas de liberté pour celui qui est forcé d'agir* ». Il en est de même pour Thomas Laurent MOURICAULT qui estime que le consentement n'est pas « *réel et valable* »³⁴⁶. Ainsi, « *le défaut de liberté entraîne l'inexistence du consentement et pas seulement son imperfection* »³⁴⁷.

A l'inverse, Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE considère que : « *la victime de la violence reste toujours libre de ne pas donner le consentement qu'on veut lui arracher. Elle a seulement pour conséquence d'altérer la « moralité » du consentement* »³⁴⁸.

300. Par ailleurs, il faut noter une nouvelle tendance de la doctrine qui est de plus en plus favorable à une appréciation des vices, plus soucieuse et plus attachée aux « *situations en cause* »³⁴⁹ et aux éléments factuels conduisant à un assouplissement de la rigidité des prescriptions du Code civil.

³⁴³ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 565.

³⁴⁴ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 564.

³⁴⁵ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 547 : Pierre-Antoine FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1827 (XIII, p. 223).

³⁴⁶ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 547 : Pierre-Antoine FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1827 (XIII, p. 416).

³⁴⁷ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 547.

³⁴⁸ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 564.

³⁴⁹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 251, §172.

La doctrine plaidant pour une appréciation subjective des vices et notamment de la crainte encouragerait même de traiter la violence lorsqu'elle est issue de circonstances extérieures. En effet, Victor-Napoléon MARCADE souhaite l'abandon du terme de violence exclusive de tout consentement au profit de celui de la crainte³⁵⁰, car « *plus conforme à la sensibilité du siècle* »³⁵¹. Dans le même sens, Charles DEMOLOMBE³⁵² souhaite une « *humanisation de la violence* »³⁵³.

301. Ainsi, dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, la doctrine milite pour la prise en compte de la violence économique. D'ailleurs, ceci conduit la pratique et la doctrine à établir un vice du consentement « *tenant de la violence, du dol, de l'incapacité : il préfigure l'abus de faiblesse* »³⁵⁴.

Les magistrats privilégient davantage une appréciation *in concreto* alors même que le Code civil impose le recours au standard du bon père de famille. En effet, ils prennent en compte davantage les « *éléments subjectifs propres à chaque situation* »³⁵⁵. Le but étant de « *déterminer les conditions dans lesquelles le contractant peut se voir reconnaître l'habilité à contracter* »³⁵⁶ et donc, *a fortiori*, d'exprimer son consentement et donc sa volonté et sa liberté de contracter.

302. Le succès de l'appréciation subjective doit être analysée au regard d'une volonté de la doctrine et des praticiens de rechercher et connaître la véritable capacité du contractant à contracter, et donc à exprimer sa volonté et sa liberté. Ainsi, cette appréciation toujours plus subjective, plus concrète, plus factuelle des éléments entourant la violence revient en quelque sorte à une « *forme d'équité prenant en compte, aux côtés des éléments juridiques en cause, des facteurs psychologiques* »³⁵⁷ et conduisant ainsi à une nouvelle

³⁵⁰ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 251, §172.

³⁵¹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 251, §172.

³⁵² Jean-Charles Florent dit Charles DEMOLOMBE.

³⁵³ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 251, §172.

³⁵⁴ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 252, §172.

³⁵⁵ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 251, §172.

³⁵⁶ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 252, §172.

³⁵⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUDE, *Ibid*, p. 252, §172.

théorie de la violence voire même à une nouvelle forme de violence, fruit d'une laborieuse évolution du vice de violence au sein du droit civil.

SECTION II. LA RÉCEPTION MÉFIANTE DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE EN DROIT FRANÇAIS DEPUIS 1804

303. La réception de la notion de contrainte économique au titre du droit civil présente quelques particularités.

D'abord, la réception de la contrainte économique au sein du droit civil a été laborieuse et particulièrement pénible. Elle participe définitivement d'une reconnaissance qui s'est inscrite dans le temps.

En effet, la reconnaissance de la violence économique s'est faite en trois temps : dans un premier temps, le refus de reconnaître les violences issues d'évènements extérieurs au titre de la violence morale. Dans un second temps, la reconnaissance indirecte et progressive de la violence économique au titre de la violence morale par les juges. Dans un dernier temps, la reconnaissance expresse de la violence économique par la jurisprudence.

304. Ensuite, la réception de la contrainte économique au sein du droit civil s'est faite indirectement. Le droit civil a refusé d'offrir à la contrainte économique un régime propre. Elle s'est faite, dans un premier temps, au titre de la violence et dans un second temps elle a eu lieu au titre de la violence économique.

305. Enfin, la reconnaissance de la contrainte économique au sein du droit civil est le fruit d'une évolution dans le traitement doctrinal (Paragraphe I), jurisprudentiel (Paragraphe II) et légal (Paragraphe III) du vice traditionnel de violence.

Il convient d'analyser chacune de ces évolutions afin d'étudier l'évolution de la réception de la notion de contrainte économique au sein du droit civil.

PARAGRAPHE I. L'ÉVOLUTION DOCTRINALE DE LA RÉCEPTION DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE : UN PLAIDOYER RÉFORMISTE TRANCHANT AVEC LA POSITION CLASSIQUE DÉFENDUE PAR LA DOCTRINE

306. Le vice traditionnel de violence connaît sa première évolution au sein de la doctrine. Certaines plumes de la doctrine vont se détacher de la position traditionnelle de la doctrine, héritée du Droit romain, qui refuse de reconnaître la violence issue d'événements extérieurs au titre de la violence (A) et plaider pour que le vice traditionnel de violence puisse traiter ces violences (B).

A. LE REFUS DE LA DOCTRINE CLASSIQUE DE RECONNAÎTRE LA VIOLENCE ISSUE D'ÉVÈNEMENTS EXTÉRIEURS

307. Traditionnellement, la doctrine a toujours refusé la reconnaissance de l'état de nécessité au titre de la violence.

En effet, c'est en s'alignant sur la tradition romaine et l'ancienne tradition (incarnée par Robert-Joseph POTHIER) que la doctrine classique (Charles Bonaventure Marie TOULLIER, Alexandre DURANTON, Victor-Napoléon MARCADE, Charles DEMOLOMBE, François LAURENT, Louis-Joseph BARDE) refuse de reconnaître les violences qui ne sont pas issues de l'Homme³⁵⁸. Traditionnellement, la violence est considérée comme étant un fait de l'Homme et donc par conséquent la violence ne peut résulter de circonstances extérieures. Pour les membres de la doctrine classique, la

³⁵⁸ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Corpus, série Histoire du Droit, Economica, Paris, 2012, p. 566.

pression n'est pas constitutive de violence lorsqu'elle résulte d'un état de nécessité objectif³⁵⁹.

308. Par ailleurs, en dehors de toute référence à l'ancienne tradition, la doctrine classique s'appuie également sur la lettre de l'ancien article 1109 du Code civil³⁶⁰ afin de soutenir sa position. Selon elle, la lettre de l'article 1109 du Code civil³⁶¹ témoigne de la nécessité d'un fait de l'Homme³⁶² : le consentement doit avoir été extorqué³⁶³. La contrainte doit avoir été intentionnellement exercée par un individu qui poursuivait un but précis. Selon eux, elle doit donc émaner nécessairement d'un individu et non pas de circonstances extérieures. Le cas échéant, le contrat ne pourra être annulé, car il n'y a pas de coupable.

309. A cet égard, il règne deux confusions.

D'une part, le Droit romain refuse de considérer l'état de nécessité au titre de la violence car la violence est un délit qui nécessite pour sa qualification un fait de l'Homme. Or, pour les romains, ce n'est pas le cas de l'état de nécessité. Cette analyse repose sur un contresens.

310. En effet, il y a bien une personne coupable dans le cas d'une exploitation abusive d'un état de nécessité. Il faut l'intervention d'une personne qui exploite l'état de nécessité

³⁵⁹ D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 567.

³⁶⁰ Ancien art. 1109 du C. civ. : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* » refondu dans l'art. 1130 du C. civ. : « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* » par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

³⁶¹ Ancien art. 1109 du C. civ. : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* » refondu dans l'art. 1130 du C. civ. : « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* » par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

³⁶² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 566.

³⁶³ Art. 1109 du C. civ.

dans le but de tirer profit ou obtenir un avantage qu'il n'aurait sûrement pas obtenu sans exploiter cette situation. Il faut donc une action de l'Homme. Lorsque la violence est issue de circonstances extérieures, l'Homme ne crée pas la violence ou la crainte, elle existe déjà sans son intervention, l'Homme ne fait que l'exploite. C'est en cela que consiste le comportement délictuel.

311. L'état de nécessité n'est jamais sanctionné en tant que tel. Il s'agit toujours de sanctionner l'exploitation abusivement de l'état de nécessité dans lequel se trouve une autre personne afin d'en tirer profit.

Ce qui est donc sanctionné à travers l'état de nécessité ne sont pas les circonstances dans lesquelles se trouve une personne mais bien le comportement délictuel de l'auteur à l'encontre de la victime qui est poussée à contracter contre son gré afin d'échapper à un mal plus grand alors qu'en temps normal elle n'aurait jamais accepté de contracter sous ces termes.

312. D'autre part, pour certains³⁶⁴ le recours au terme de « violence » entretiendrait une autre confusion. Pour eux, la contrainte est un vice du consentement, il importe peu qu'elle soit provoquée par une faute ou un événement extérieur.

313. Il faut rappeler que le Droit romain et Robert-Joseph POTHIER refusaient de reconnaître la nullité du contrat dans le cas de l'état de nécessité mais optaient plus volontiers pour la réduction de l'avantage excessif obtenu³⁶⁵. De même, certains auteurs préconisent que l'engagement pris sous l'empire d'une contrainte doit être annulé pour défaut de cause, et proposent le recours aux mécanismes de l'enrichissement sans cause pour indemniser la victime. D'autres préfèrent la notion de lésion³⁶⁶.

³⁶⁴ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd., coll. Leçons de Droit civil, Montchrestien, Paris, 1998, t. 2, vol. 1, p. 193, §203.

³⁶⁵ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, t. 2, vol. 1, p. 193, §203.

³⁶⁶ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Ibid*, t. 2, vol. 1, p. 193, §203.

314. Certaines voix dissidentes s'élèvent tranchant avec la position traditionnelle de la doctrine pour réclamer que le vice traditionnel de violence puisse connaître des violences issues d'évènements extérieurs.

B. LE PLAIDOYER D'UNE PARTIE DE LA DOCTRINE EN FAVEUR DU TRAITEMENT DES VIOLENCES ISSUES D'ÉVÈNEMENTS EXTÉRIEURS

315. Dès le XVIII^{ème} siècle, afin d'assurer un traitement plus rigoureux et plus subjectif de la violence, certains auteurs³⁶⁷ dont Jean DOMAT préconisait d'avoir recours aux circonstances qu'entourent la violence pour la caractériser.

Ce n'est qu'au XIX^{ème} siècle que certaines voix de la doctrine (Etienne Louis JOSSERAND, Marcel PLANIOL, Georges RIPERT) s'élèvent pour plaider en faveur d'un changement notable. Pour eux, il faut traiter au titre de la violence, les violences résultant de circonstances extérieures³⁶⁸.

C'est en s'inspirant de codifications étrangères connaissant de ces situations qu'une partie de la doctrine s'insurge contre une conception étroite du vice de violence et plaide la reconnaissance de l'état de nécessité au titre de la violence et enjoint de reconnaître la violence lorsqu'elle résulte également de circonstances extérieures.

316. Or, d'une part, pour beaucoup d'auteurs, l'origine de la violence n'a aucune incidence sur la victime dont le consentement sera vicié de la même manière que si la violence relève d'un fait de l'Homme ou de circonstances extérieures.

³⁶⁷ Encouragés par les codifications étrangères récentes.

³⁶⁸ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 567.

317. Effectivement, selon Etienne Louis JOSSERAND³⁶⁹, le résultat sur la volonté de la victime est le même que la contrainte émane d'un individu et donc il s'agit d'une contrainte intentionnelle ou qu'elle résulte d'un état de fait et donc de circonstances extérieures mais exploitée par un Homme. En effet, la volonté et le libre arbitre de la victime sont opprimés, sa liberté est entravée, son consentement est extorqué. Etienne Louis JOSSERAND souhaite que ni la nature ni de l'origine de la violence ne soient pris en compte par les juges³⁷⁰ qui devraient, selon lui, sanctionner toute « *force indépendante de la volonté des parties et extérieure à l'opération elle-même* »³⁷¹.

318. De même, bien que Robert-Joseph POTHIER réfute la reconnaissance de l'exploitation abusive d'un état de nécessité au titre de la violence, il enseigne qu'une convention maritime, « *conclue en plein un péril, est valable mais que le juge peut réduire l'obligation souscrite par le capitaine du navire lorsqu'elle est excessive par rapport aux services rendu* »³⁷². Il consent donc à demi-mot que la violence issue de circonstances extérieures a le même effet sur la victime que la violence issue d'un fait de l'Homme. Autrement dit, sa liberté est entravée et son consentement est extorqué.

319. Dans le même sens, dans le rapport présenté en 1910 à la Commission de révision du Code civil, Ernest-Auguste-Louis BOURDILLON « *propose de rendre annulable toutes les conventions souscrites en état de nécessité* »³⁷³.

320. La liberté de contracter de la victime est forcément entravée, elle doit faire face à une sorte d'ultimatum. Elle choisira inévitablement la moins pire de toutes les solutions qui lui sont offertes par l'auteur qui exploite son état de nécessité et l'expose ainsi à un mal plus grand.

³⁶⁹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 567 : Etienne Louis JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Dalloz, Paris, 1928, n° 83).

³⁷⁰ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 567.

³⁷¹ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 567 : Etienne Louis JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Dalloz, Paris, 1928, n° 86).

³⁷² D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 567.

³⁷³ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 567.

321. Par conséquent, le consentement donné par la victime est dépourvu d'une partie de sa liberté et même de sa volonté car il y a certes consentement. Elle donne son consentement sous la menace de l'auteur, dans le but d'éviter un mal plus grave eu égard à son état de nécessité, poussée par le comportement délictuel de l'auteur. Sa liberté de choix est donc entravée et la dimension volitive de son consentement est mise à mal.

322. D'autre part, ces auteurs considèrent qu'en donnant autant d'importance à l'origine de la violence, la conséquence est de percevoir dans la violence non plus un vice du consentement mais un délit comme c'était le cas en Droit romain³⁷⁴.

323. Effectivement, jusqu'à lors la crainte s'appréciait dans une conception délictuelle et s'inscrivait dans une analyse morale du comportement de l'auteur de la contrainte. Il s'agissait alors de se placer du point de vue de l'auteur afin d'apprécier la crainte. Le but étant de se poser la question de savoir si le comportement de l'auteur était délictuel et par conséquent sanctionnable ? Cette approche de la crainte s'inscrivait dans une conception répressive et punitive. D'ailleurs, il appert que de nombreux juristes souhaitent que l'appréciation de la contrainte s'inscrive dans le cadre d'un traitement toujours plus psychologique car plus proche de la réalité.

Dorénavant, l'appréciation de la crainte se fait dans le cadre d'une conception contractuelle et d'une analyse psychologique de la contrainte.

324. Pour cela, il faut se place du point de vue de la victime : quels sont les effets du comportement de l'auteur sur la victime et plus particulièrement sur son consentement ? Y-a-t-il eu « *pression destructive de la liberté* »³⁷⁵ de la victime ayant conduit à la conclusion de la convention ? La convention a-t-elle été conclue qu'en réaction de la violence subi ? Le but étant alors de tenter de protéger autant que faire se peut la victime

³⁷⁴ D. DEROUSSIN, *Ibid*, p. 567.

³⁷⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 15^{ème} éd., coll. Université, série Droit Privé, Sirey, Paris, 2012, t.1 : L'acte juridique, p. 211, §220.

en assurant dans la mesure du possible l'intégrité de son consentement. La crainte est alors analysée davantage dans le cadre d'une approche curative et réparatrice.

325. Ainsi, la prédominance des facteurs psychologiques a poussé une partie de la doctrine à réclamer la reconnaissance des violences issues d'événements extérieurs.

Les nombreuses voix de la doctrine s'élevant pour une évolution du vice traditionnel de violence plaident pour la prise en compte de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre de la violence pour mieux prendre en compte les situations de contrainte économique et être toujours plus proche de la réalité afin de mieux sanctionner la contrainte économique.

Sous l'impulsion de cette prise de position novatrice d'une partie de la doctrine, les magistrats portés par cette volonté de réformer le régime traditionnel de violence vont permettre à la réception de la contrainte économique en droit civil de connaître sa première révolution.

PARAGRAPHE II. L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DE LA RÉCEPTION DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE : UNE RECONNAISSANCE PRUDENTE DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE

326. La reconnaissance jurisprudentielle de la contrainte économique au titre de la violence économique s'inscrit véritablement dans le temps et elle est le fruit d'un travail de longue haleine. Effectivement, le traitement de la violence économique a connu quatre évolutions majeures. Il convient de revenir sur chacune d'elles afin de bien appréhender la réception de la contrainte économique au sein du droit civil.

327. Aussi, après avoir rappelé brièvement la position classique de la jurisprudence celle du refus de reconnaître de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre du vice traditionnel (A), il faudra revenir sur les évolutions progressives de la jurisprudence quant à la réception de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre de la violence.

328. Dans un premier temps, la jurisprudence concède qu'une réception particulièrement limitée de l'exploitation abusive au titre de la violence. La consécration prétorienne de la violence économique (D) a connu au sein de la jurisprudence deux évolutions, la première s'illustre par une réception particulièrement nécessaire et timide de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre de violence (B). La seconde se caractérise par une réception non plus limitée à des domaines spécifiques mais par une réception extrêmement rigoureuse voir subtile de l'exploitation à l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre du vice traditionnel de violence (C).

A. LE REFUS TRADITIONNEL DE RECONNAÎTRE L'ABUS DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ AU TITRE DU VICE TRADITIONNEL DE VIOLENCE

329. Dans un premier temps, la jurisprudence, adoptant une position claire et unanime, rejette le traitement de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre du vice traditionnel de violence.

Se faisant héritière du Droit romain, de la doctrine classique, la jurisprudence reste attachée à une conception très traditionnelle du vice de violence.

Elle considère ainsi que la violence doit être nécessairement un fait de l'Homme. Or, l'état de nécessité trouvant son origine dans des événements extérieurs, le vice de violence ne saurait, selon elle, reconnaître de l'exploitation abusive de l'état de nécessité.

Ainsi, initialement, la jurisprudence refusant alors, dans son ensemble, de sanctionner les violences issues de circonstances extérieures au titre de la violence, s'oppose à la réception de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au sein du vice de violence.

330. Cependant, cette position traditionnelle de la jurisprudence va connaître un changement profond au fil du temps. La jurisprudence va accepter de connaître de l'exploitation abusive de l'état de nécessité et donc de la contrainte économique au titre du vice de violence. Cette reconnaissance est pourtant limitée à des domaines ciblés.

B. UNE RÉCEPTION MESURÉE DE L'ABUS DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ AU TITRE DU VICE TRADITIONNEL DE VIOLENCE

331. La jurisprudence opère un changement significatif dans le traitement des violences issues d'évènements extérieurs.

332. En effet, la jurisprudence accepte de prendre en compte l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre du vice de violence.

Mais cette réception est très encadrée par les magistrats car elle est cantonnée à des domaines spécifiques (1) et elle est appliquée avec une extrême prudence de la part de la Cour de cassation (2).

1. UNE RÉCEPTION DE L'ABUS DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ AU TITRE DE LA VIOLENCE CONSIDÉRABLEMENT LIMITÉE

333. Bien que les magistrats aient accepté de traiter l'exploitation abusive d'un état de nécessité au titre de la violence, cette évolution est très timide car elle est limitée, dans un premier temps, au seul domaine maritime (a).

Par la suite, cette évolution va s'étendre à d'autres domaines très ciblés. Mais cet élargissement du traitement de l'état de nécessité au titre de la violence restera bien relatif (b).

a. Une réception de l'abus de l'état de nécessité au titre de la violence restreint au domaine maritime

334. Dans un premier temps, s'inspirant des travaux et des analyses réalisés par certaines plumes de la doctrine plaidant pour une réforme du vice de violence, la jurisprudence décide de traiter l'état de nécessité au titre de la violence et par conséquent, de connaître des situations de contrainte économique.

335. A la fin du XIX^{ème} siècle, les Hauts magistrats acceptent d'annuler un contrat au titre de la violence quand un « *contractant a exploité un évènement au détriment de l'autre* »³⁷⁶.

³⁷⁶ M. BRUSORIO-AILLAUD, *op. cit.*, p. 172, §314.

336. En effet, à l'occasion de l'affaire « ROLF », la Chambre des requêtes de la Cour de cassation³⁷⁷ avait admis, dans un arrêt du 27 avril 1887, que la nullité de l'engagement excessif dans le cadre d'une convention maritime conclu sous l'empire d'un mal imminent.

Face à la submersion imminente de son navire et à la perte de sa cargaison, le capitaine d'un navire avait fait une promesse de rémunération exagérée à un remorqueur. Le capitaine de l'Abeille n°9 exigeait une somme de 18 150 francs auprès du capitaine du navire en perdition, soit 5% de la valeur du navire et de sa cargaison. Arrivé à destination, le capitaine assisté invoqua la nullité qui fut admise par les juridictions du fond et par la Cour de cassation qui autorisa le paiement d'une indemnité à hauteur de 4 000 francs.

La question qui s'était posée, était de savoir si le capitaine d'un navire était fondé à contester son engagement une fois tiré d'affaire.

La Haute Cour affirma que « *lorsque le consentement n'est pas libre, qu'il n'est donné que sous l'empire de la crainte inspirée par un mal considérable et présent, le contrat est entaché d'un vice qui le rend annulable* ».

337. Cet arrêt ne porte pas sur la question de l'origine de la violence mais davantage sur le caractère libre du consentement.

C'est un arrêt de principe. Pour la première fois, les Hauts magistrats sanctionnent l'exploitation abusive d'un état de nécessité et ce, au titre de la violence, tout en l'appliquant au contexte spécial du droit maritime. En effet, cet arrêt admet « *la violence lorsqu'une personne est poussée à contracter en raison de circonstances extérieures qui l'ont placé dans une situation désespérée* »³⁷⁸.

Cet arrêt affirme que l'exploitation abusive d'un état de nécessité constitue une cause de nullité du contrat au titre du vice traditionnel de violence.

Ainsi, les Hauts magistrats consacrent la possibilité de sanctionner de nullité, et ce au titre de la violence, les rapports contractuels marqués par la contrainte lorsqu'ils résultent de

³⁷⁷ Req., 27 avril 1887 (dit affaire « ROLF »), *DP*, 1888, n° 1, p. 263, *S.*, 1887, n° 1, p. 372.

³⁷⁸ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 10^{ème} éd., coll. Cours Dalloz, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2012, p. 64, §70.

l'exploitation abusive du contexte économique, de l'état de nécessité, de la détresse d'autrui dans lequel se trouvait l'autre partie au moment de la formation du contrat.

L'exploitation abusive d'un état de nécessité, autrement dit la violence issue de circonstances extérieures devient donc une cause de nullité du contrat au titre de la violence.

338. Ainsi, la Haute Cour accepte, dans le cas unique du domaine maritime, que les rapports contractuels nés de l'exploitation abusive de l'état de nécessité ou de la détresse d'autrui soient annulés ou puissent être révisés à la baisse par le juge pour violence morale, et ce, même si le contractant n'est pas à l'origine de la crainte et ne fait que l'exploiter ; car, dès lors le consentement à l'origine de cette convention est entaché d'un vice rendant le contrat annulable. Bien souvent l'auteur a connaissance de l'état de nécessité de la victime et décide malgré tout d'exploiter abusivement cet état de nécessité rendant l'intention délictuelle flagrante.

339. Ce n'est que huit décennies après l'affaire ROLF que les magistrats de la Haute Cour décident d'élargir le traitement de l'état de nécessité au titre de la violence à d'autres domaines. Cependant, cet élargissement ne concerne qu'un nombre bien limité de domaines.

b. Une réception de l'abus de l'état de nécessité au titre de la violence élargie à des domaines spécifiques

340. Après avoir consacré au titre de la violence l'exploitation abusive de l'état de nécessité comme une cause de nullité d'un contrat en matière d'assistance maritime, la Cour de cassation entérine la jurisprudence sur l'assistance maritime tout en lui offrant un champ d'application un peu plus large.

341. En effet, dans un arrêt de la Chambre sociale du 5 juillet 1965³⁷⁹, la Cour de cassation accepte de prononcer la nullité pour violence d'un contrat de travail comportant des clauses désavantageuses, que le salarié avait conclu dans un état de nécessité sous l'influence de pressants besoins d'argent et afin de faire face à la maladie de son enfant.

Il s'agit d'une évolution minimale. L'élargissement du traitement de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre de la violence ne concerne qu'un nombre très limité de domaines.

En effet, l'élargissement reste très ponctuel voire exceptionnel se limitant au domaine social et à certains contrats commerciaux. Ainsi, cet élargissement est, en somme, tout bien relatif.

342. Cette évolution, extrêmement longue car intervenant près de 80 ans après l'affaire ROLF et étant particulièrement sélective, trahit une méfiance certaine de la jurisprudence à reconnaître des situations de contrainte économique au titre du vice de violence.

343. D'autant plus que les Hauts magistrats restent très prudents dans la réception de l'exploitation abusive d'un état de nécessité au titre de la violence n'hésitant pas à censurer régulièrement les arrêts rendus par les juges du fond dès lors que ces-derniers s'arrogent quelques libertés dans le traitement de l'état de nécessité.

³⁷⁹ Soc., 5 juillet 1965, *Bull. civ.* 1965, IV, n° 545, p. 460. A rapprocher de : Civ., 26 juillet 1949, *Gaz. Pal.*, 1949, n° 2, p. 363 ; Com., 4 juin 1973, *Bull. civ.* 1973, IV, n° 193, p. 174, *RTD civ.*, 1974, p. 144, obs. Y. LOUSSOUARN ; Civ. 2^{ème}, 5 octobre 2006, *JurisData* n° 2006-035279, *CCC*, 2007, n° 2, p. 44, *D.*, 2007, p. 2215, obs. R. CORNEIL.

2. UNE RÉCEPTION DE L'ABUS DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ AU TITRE DE LA VIOLENCE CONSIDÉRABLEMENT DÉBATTUE

344. La jurisprudence accepte de traiter la contrainte économique au titre du vice de violence. Toutefois, cette réception se veut particulièrement prudente. Or, cette rigueur va aboutir à une réception au pluriel de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre du vice traditionnel de violence entre les juridictions de fond d'une part, et entre les juridictions de fond et la Cour de cassation d'autre part (a) forçant les Hauts magistrats à intervenir pour réaffirmer la position avisée de la Cour de cassation (b).

a. Une réception au pluriel de l'abus de l'état de nécessité au titre de la violence

345. Les juges du fond ont été, dans une certaine mesure, inspirés par la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 7 juillet 1965. Les juridictions du fond et particulièrement les Cours d'appel sont les premières à avoir assimilées la contrainte économique à la violence par le biais des notions d'état de nécessité et d'état de dépendance économique.

346. Cependant, ils semblent être plus hésitants et plus confus que la Cour de cassation sur la position à adopter. Effectivement, en plus des discordances au sein même des juridictions de fond, ces-dernières affichent une dissonance certaine avec la Cour de cassation.

347. En effet, les solutions rendues par les juridictions du fond sont très divisées sur la question³⁸⁰. Trois types de solutions se dessinent quant à la jurisprudence relative au traitement des violences issues d'évènements extérieurs au titre de la violence.

348. Le premier cas de figure est celui où certains juges du fond adoptent une position contraire à la Haute Cour et refusent toute assimilation de l'exploitation abusive d'un état de nécessité à la violence.

349. Le deuxième cas de figure est celui où certains juges du fond, en accord avec les Hauts magistrats, acceptent d'assimiler l'état de nécessité au vice de violence mais à condition apportée la preuve d'une exploitation abusive dudit état de nécessité.

³⁸⁰ En faveur de la reconnaissance de l'exploitation abusive de l'état de nécessité et de la dépendance économique au titre de la violence : Aix-en-Provence, 19 février 1988, *Bull. civ.* 1988, n° 24, *RTD civ.*, 1989, p. 535, obs. J. MESTRE ; Aix-en-Provence, 17 avril 1987, S.A. MORY c/ ATTARD, *RTD civ.*, 1988, p. 115 et s. A rapprocher de : Paris, 12 janvier 2000, *JurisData* n° 107201, M^{me} K c/ S.A. L.-B, *JCP*, 2000, n° II, p. 10433, obs. P. PIERRE, *D.*, 2001, p. 2067, obs. P. FADEUILHE, *RTD civ.*, 2003, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES cassé par l'arrêt Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE, B. FAGES, « Violence morale et dépendance économique », *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2003, n° 25, p. 18, obs. J. ROVINSKI, « Contrats et obligations », *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. GRIDDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *Deffrénois*, 15 octobre 2002, n° 19, p. 1246, obs. E. SAVAUX, *JCP*, 27 novembre 2002, n° 48, I, p. 184, obs. G. VIRASSAMY, « Droit des obligations » ; Rennes, 20 mars 1929, *S.*, 1929, n° 3, p. 556 (assimilation à la violence d'un état de nécessité dû au besoin d'une intervention chirurgicale urgente donnant lieu à une demande d'honoraires excessifs) ; Trib. civ. Seine, 23 février 1907, *Rev. crit.*, 1907, p. 197, obs. G. RIPERT ; Trib. com. Seine, 12 mars 1945, *Gaz. Pal.*, 1945, n° 1, p. 107 ; Trib. civ. Cernay, 12 décembre 1946, *Gaz. Pal.*, 1947, n° 1, p. 90 ; Bourges, 11 avril 1989, *Gaz. Pal.*, 1990, p. 311 : offre une définition de la violence qui semble inclure l'état de nécessité et la dépendance économique : « l'exploitation abusive par un contractant dominant d'un état de supériorité lors de la négociation, caractérisée par des pressions matérielles ou psychologiques atteignant le consentement du contractant dans son élément de liberté, d'une manière suffisamment forte pour justifier l'annulation du contrat déséquilibré qui en est résulté, générateur d'avantages injustes en faveur du contractant dominant ». Dans le sens contraire : Colmar, 12 juillet 1946, *S.*, 1946, n° 2, p. 124, *Gaz. Pal.*, 1947, n° 1, p. 90 ; Pau, 24 mai 1983, *RTD civ.*, 1984, p. 709, obs. J. MESTRE : « les difficultés économiques de l'entreprise ne sauraient constituer à elles seules le cas de contrainte morale » ; Trib. civ. Metz, 4 juillet 1946, *Gaz. Pal.*, 1947, n° 1, p. 34 ; Trib. civ. Saumur, 5 juin 1947, *Gaz. Pal.*, 1947, n° 2, p. 59. A rapprocher de : Lyon, 20 février 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, n° 1, p. 420.

350. Enfin le troisième cas de figure est celui où certains juges du fond, en accord avec la Cour de cassation, assimilent le « simple » état de nécessité à la violence sans démontrer l'existence d'une exploitation abusive.

En effet, certaines Cours d'appel admettent que l'état de nécessité ou de dépendance économique peut constituer une violence morale et être sanctionner comme telle³⁸¹. C'est le cas de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-En-Provence du 19 février 1988³⁸² qui admet que l'état de nécessité et la dépendance économique puissent constituer une violence morale. Il s'agissait alors d'un commerçant vendant des bouteilles de plongées et qui s'approvisionnait depuis vingt-cinq ans auprès du même fournisseur. Un été, les bouteilles d'aluminium habituellement commandées étant indisponibles, le fournisseur lui imposa, malgré ses protestations, à se contenter de bouteilles d'acier qui déplurent à sa clientèle et provoquèrent un accident. Le commerçant demanda alors réparation du préjudice subi, le fournisseur argua que le commerçant avait librement accepté le contrat. Les magistrats de la Cour d'appel conclurent que « *l'acceptation de ces dernières conditions procède de toute évidence d'un état de nécessité et de dépendance économique équipollent à une violence constitutive d'un vice du consentement* ».

Cet arrêt illustre parfaitement que l'état de nécessité ou « *la dépendance économique sert parfois de présomption de vice de violence* »³⁸³.

351. En effet, il en est de même pour l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-En-Provence du 17 avril 1987³⁸⁴. Un conducteur routier, ATTARD, exploitant individuel modeste, propriétaire d'un camion BERLIET avait conclu un contrat de location de véhicule avec chauffeur avec une entreprise de transport, la société MORY, aux termes duquel celui-ci devait assurer chaque semaine à l'aide de son propre camion la liaison entre la France et les Pays-Bas contre une rémunération hebdomadaire de 10.000 F. Le chauffeur vendit

³⁸¹ Paris, 27 septembre 1977, (dit affaire Audi NSU), *Gaz. Pal.*, 1978, n° 1, p. 110, obs. J. GUYENOT, *RTD com.*, 1978, p. 595, obs. J. HEMARD, *D.*, 1978, p. 690, obs. H. SOULEAU arrêt cassé par Com., n° 78-10833, 20 mai 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 212, p. 170 (car le simple état de nécessité ou de dépendance économique ne saurait caractériser une violence morale, sans l'existence d'une exploitation abusive de cet état de nécessité ou dépendance économique).

³⁸² Aix-en-Provence, 19 février 1988, *Bull. civ.* 1988, n° 24, *RTD civ.*, 1989, p. 535, obs. J. MESTRE.

³⁸³ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique », *L.P.A.*, 16 juin 2004, n°120, p. 5.

³⁸⁴ Aix-en-Provence, 17 avril 1987, S.A. MORY c/ ATTARD, *RTD civ.*, 1988, p. 115 et s.

30.000 F son camion et en acquies un autre d'une valeur de 328.000 F qu'il finança en empruntant 280.000 F. Le contrat initial à durée indéterminée fut rompu unilatéralement par la société MORY au bout de six mois. Le chauffeur assigna alors la société en dommages-intérêts en invoquant qu'en dépit de sa durée indéterminée, le contrat de location de véhicule et le contrat de prêt étaient interdépendants. Les dommages-intérêts demandés devant donc être évalués au montant des mensualités qui restaient à courir. Et, il réclama en outre en appel des dommages-intérêts supplémentaires au titre du préjudice résultant du fait que l'arrêt de son activité économique l'avait contraint à vendre sa villa à bas prix. Il obtint gain de cause en première et seconde instance.

352. La Cour d'appel retient qu'« *attendu qu'ATTARD (...) n'avait pas les moyens financiers ou commerciaux d'opposer une quelconque résistance à ce contrat d'adhésion fort tentant ; qu'il se trouvait dans une situation difficile avec le besoin de se débarrasser de son camion ancien, ce qui le poussait de manière pressante à accepter le risque que recelait ce contrat trop concis* ».

353. Ainsi, en raison du rapport de force entre les parties et du déséquilibre économique caractérisant leur relation consacrée par le rapport contractuel, ici, la violence est caractérisée.

En effet, « *si la dépendance et la faiblesse économique sont invoquées ici pour constater la résiliation unilatérale fautive du contrat par la partie dominante, elles servent également aux juges pour en déduire en amont l'absence d'un consentement librement exprimé* »³⁸⁵.

Ainsi, pour certains juges du fond l'état de nécessité ou la dépendance économique suffit à caractériser le vice de violence.

³⁸⁵ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique », *L.P.A.*, 16 juin 2004, n°120, p. 5.

354. Cette divergence de solutions des juridictions du fond quant à la réception des violences issues d'évènements extérieurs au titre du vice de violence expose les justiciables à un aléa juridique certain.

355. Afin de mettre un terme à cette insécurité juridique, les magistrats de la Haute Cour, particulièrement prudent dans l'assimilation de l'état de nécessité à la violence ont réaffirmé leur position sur la question en censurant ce dernier type de solutions et ont rappelé aux juges du fond le caractère essentiel de l'exploitation abusive afin de retenir l'état de nécessité au titre de la violence.

b. La position avisée de la Cour de cassation sur la réception de l'abus de l'état de nécessité au titre de la violence réaffirmée

356. Les Hauts magistrats acceptent de reconnaître que la contrainte résultant de circonstances extérieures puisse être qualifiée de violence lorsqu'une partie exploite l'état de nécessité ou la situation de détresse dans lequel se trouve son contractant, au moment de la conclusion du contrat, afin d'obtenir des avantages excessifs. Mais encore faut-il pour cela qu'il y ait exploitation abusive de l'état de nécessité ou de la situation de détresse d'autrui, condition *sine qua none*.

357. En effet, la Cour de cassation fait preuve d'une grande prudence et d'une grande rigueur afin d'assurer la sécurité juridique et de ne pas fragiliser la pérennité contractuelle. Elle censure les décisions des juridictions du fond ayant assimilé l'état de nécessité ou l'état de dépendance économique à la violence sans avoir apporté la preuve d'une exploitation abusive.

La Cour de cassation refuse d'assimiler le « simple » état de nécessité ou la « simple » dépendance économique ou situation de détresse à la violence sans la démonstration d'une exploitation abusive. Prudente dans la reconnaissance de l'état de nécessité au titre de la violence, elle rappelle à l'ordre les juridictions du fond s'arrogeant certaines libertés quant au traitement de l'état de nécessité au titre de la violence.

358. Ainsi, la Chambre commerciale de la Haute Cour censure, par un arrêt du 20 mai 1980³⁸⁶, un arrêt de la Cour d'appel de Paris³⁸⁷ ayant annulé un contrat pour violence morale, en raison de la « *prééminence socio-économique de l'un de ces partenaires* »³⁸⁸. Il s'agit du renouvellement d'un contrat de concession à des conditions spécialement contraignantes. Le non-renouvellement risquait d'entraîner la fermeture immédiate de l'entreprise. La Cour d'appel avait alors admis que la diminution de la rémunération de la société concessionnaire acceptée « *pour échapper au mal considérable que représentait pour elle une telle fermeture de son entreprise* »³⁸⁹ constituait une violence.

359. Les magistrats de la Cour de cassation ont cassé la solution rendue par les juges du fond car ils avaient démontré « *l'existence des éléments caractérisant le vice de violence sans préciser en quoi les agissements de la société étaient illégitimes* »³⁹⁰. Autrement dit, la seule force économique ne saurait être constitutive d'une violence. « *Le seul déséquilibre de puissance économique entre les contractants pas plus que la vulnérabilité financière de l'un d'entre eux ne sauraient suffire à constituer le vice de violence* »³⁹¹. Le contrat conclu sous l'état de nécessité d'une des parties ne peut être sanctionné de nullité

³⁸⁶ Com., n° 78-10833, 20 mai 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 212, p. 170.

³⁸⁷ Paris, 27 septembre 1977, (dit affaire Audi NSU), *Gaz. Pal.*, 1978, n° 1, p. 110, obs. J. GUYENOT, *RTD com.*, 1978, p. 595, obs. J. HEMARD, *D.*, 1978, p. 690, obs. H. SOULEAU.

³⁸⁸ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, 6^{ème} éd., coll. Litec Droit, Litec, Paris, 1998, t. 2 : Contrat, p. 207, §561.

³⁸⁹ Com., n° 78-10833, 20 mai 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 212, p. 170.

³⁹⁰ Com., n° 78-10833, 20 mai 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 212, p. 170. Jurisprudence constante depuis : v. : Com., n° 93-13302, 21 février 1995, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 50, p. 46, *RTD civ.*, 1996, p. 391, obs. J. MESTRE, *JCP E*, 1996, I, n° 2, p. 532, obs. M. MOUSSERON.

³⁹¹ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2009, p. 258, §248.

que si l'autre partie à profiter, c'est-à-dire exploité abusivement cette situation de détresse de son contractant afin d'en retirer des avantages excessifs ou injustifiés.

360. La Haute Cour maintient, depuis, une jurisprudence constante sur la question. Elle a réitéré à plusieurs occasions cette solution : la « seule » dépendance économique ou la « seule » existence d'un état de nécessité ne suffit pas. Il est indispensable, afin de retenir que la convention est entachée d'un vice de violence et que le consentement est vicié, de démontrer l'existence d'une exploitation abusive de cet état de nécessité ou de la situation de détresse du contractant³⁹².

361. De manière générale, la jurisprudence retient l'état de nécessité c'est-à-dire la violence issue de circonstances extérieures au titre de la violence sous trois conditions : il faut un état de nécessité, il faut un comportement abusif du contractant (il faut qu'il « tire profit » de l'état de nécessité), et il faut un engagement que la victime n'aurait pas souscrit en temps normal en dehors de toutes ces contraintes (condition implicite). Ainsi, « l'état de nécessité résulte moins des faits eux-mêmes que de leur exploitation par l'autre partie »³⁹³.

362. La jurisprudence permet au vice traditionnel de violence de connaître certaines situations de contrainte économique mais pour des domaines limités et sous des

³⁹² Com., 8 février 1984, *D.*, 1984, IR 388 : Les magistrats de la Haute Cour cassent l'arrêt rendu en appel qui retenait que la démission d'un salarié présenté dans un moment de désarroi provoqué par la persistance des douleurs d'une blessure, était marquée de violence, son consentement étant alors vicié ; Soc., n° 84-41013, 13 novembre 1986, *Bull. civ.* 1986, V, n° 520, p. 394, *JCP*, 1987, IV, p. 27 : la subordination du préposé au commettant ne suffit pas pour caractériser la violence. Pour cela, il faut que la subordination soit « doublée » de pressions caractérisées pour qualifier la violence. Ainsi, la modification du contrat de travail de deux danseuses sous la menace de ne plus les payer en cas de refus de signer le nouvel accord constitue une violence ; Civ., n° 87-10564, 24 mai 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 212, p. 142 : La Haute Cour rejette le pourvoi formé contre un arrêt d'appel qui condamne la société Nouvelles Frontières à payer à la compagnie Air France le tarif demandé, car les constatations excluent « qu'il y ait eu pour Nouvelles Frontières état de nécessité, lequel aurait supposé que lui fussent imposées des conditions anormalement onéreuses et qu'elle exclut également que la compagnie nationale, dont peu importait, dès lors, pour la solution du litige qu'elle fût monopolistique, eût abusé de sa position » ; Civ., 26 juillet 1949, *Gaz. Pal.*, 1949, n° 2, p. 363. A rapprocher de : Com., n° 93-13302, 21 février 1995, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 50, p. 46, *RTD civ.*, 1996, p. 391, obs. J. MESTRE, *JCP E*, 1996, I, n° 2, p. 532, obs. M. MOUSSERON.

³⁹³ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} édition, coll. Corpus, série Histoire du Droit, Economica, Paris, 2012, p. 567.

conditions particulières. Le traitement jurisprudentiel de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre de la violence connaît une dernière évolution qui se traduit non plus par une reconnaissance réservée à des domaines spéciaux mais par une reconnaissance beaucoup plus rigoureuse et subtile dans la mise en oeuvre des conditions pour caractériser l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre de la violence.

C. UNE RÉCEPTION SUBTILE DE L'ABUS DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ AU TITRE DU VICE TRADITIONNEL DE VIOLENCE OUVRANT LA VOIE À LA RECONNAISSANCE D'UNE NOUVELLE FORME DE VIOLENCE : LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE

363. Une évolution intentionnellement subtile de la réception de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre de la violence à partir de 1997. La reconnaissance indirecte c'est-à-dire à demi-mots de la violence économique par la Cour de cassation connaît une évolution subtile à partir de 1997. Une nouvelle forme de violence commence à se dessiner plus clairement à travers la jurisprudence de la Cour de cassation.

364. En effet, les Hauts magistrats reconnaissent l'existence d'une situation de contrainte économique et semblent admettre la violence économique au titre de la violence mais refusent de la nommer ainsi.

365. C'est ainsi que dans un arrêt du 18 février 1997³⁹⁴, la Chambre commerciale de la Cour de cassation retient que l'augmentation de capital imposée aux actionnaires sous la menace de la ruine de leur société par une autre qui avait provoqué elle-même les

³⁹⁴ Com., n° 94-19272, 18 février 1997, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 59, p. 52.

difficultés financières et pris le contrôle pour aboutir à cette situation est constitutive d'une violence. Donc, elle qualifie de violence les menaces de ruine de la société par une autre si aucune augmentation de capital n'était faite. En tout état de cause, il ressort dudit arrêt que la Chambre commerciale retient l'existence d'une violence économique sans pour autant la nommer ainsi. En effet, la lettre de l'arrêt laisse paraître que la Cour de cassation semble être particulièrement prête à l'idée de reconnaître la violence économique.

366. Dans un arrêt du 13 janvier 1999³⁹⁵, la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation considère que la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en matière de violence en se fondant sur des éléments d'appréciation postérieurs à la date de formation du contrat³⁹⁶.

En effet, une femme avait subi de la part des membres d'une secte des violences physiques et morales de nature à faire impression sur une personne raisonnable et à inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. « *Séparée de son époux et ayant à charge ses enfants, elle était vulnérable et ces violences l'avaient conduite à conclure l'acte de vente de sa maison en faveur de la société J. afin que les membres de la communauté fussent hébergés dans cet immeuble* »³⁹⁷.

La Cour de cassation qualifie une situation de violence économique et à travers elle l'existence d'une contrainte économique de violence. Ici, encore une fois, elle retient la contrainte économique mais ne la consacre pas en tant que telle.

367. Pour certains, cet arrêt consacre « *l'abus de situation contractuelle dominante* »³⁹⁸. En effet, il transparaît de ces arrêts que la Cour de cassation se dirige de plus en plus vers une consécration certaine de la violence économique.

³⁹⁵ Civ. 3^{ème}, n° 96-18309, 13 janvier 1999, *Bull. civ.* 1999, III, n° 11, p. 7.

³⁹⁶ I. BEYNEIX, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », *L.P.A.*, 25 août 2006, n° 170, p. 3.

³⁹⁷ Civ. 3^{ème}, n° 96-18309, 13 janvier 1999, *Bull. civ.* 1999, III, n° 11, p. 7.

³⁹⁸ I. BEYNEIX, *op. cit.* : J. ROVINSKI le définit ainsi. De plus, il a défini sa thèse de 1987, la violence économique comme étant : « *l'exploitation abusive par un contractant dominant d'un état de supériorité*

368. Et pour cause, comme le témoigne ces arrêts, la position de la Cour de cassation a énormément évolué et elle se tourne incontestablement vers la reconnaissance de la violence économique.

Dans un premier temps, la Cour de cassation n'excluait pas et ne retenait pas non plus la violence économique. Elle exigeait juste que soit pris en compte les circonstances économiques et leurs effets lors de la formation du contrat.

Cette évolution assez lente laisse entrevoir une hésitation de la jurisprudence à reconnaître la violence en se référant aux notions d'état de nécessité ou d'état de dépendance économique de la victime.

Puis, elle a estimé que les violences issues de circonstances extérieures et l'abus d'une situation économique (soit de puissance économique, soit de faiblesse ou de dépendance économique) qui visent le consentement de la victime sont constitutifs d'une violence. Ainsi, elle se référait à la notion de violence c'est-à-dire sans avoir recours au terme de violence économique.

369. Il ne s'agit pas juste de violences issues d'évènements extérieurs. Il s'agit également et plus précisément de violences issues de circonstances économiques. Soit l'auteur exploite « simplement » une violence existante, soit il crée et exploite une violence ce qui est d'ailleurs de plus en plus le cas.

370. En tout état de cause, la Cour de cassation s'éloigne toujours plus de la violence telle que l'entendait la doctrine classique c'est-à-dire de la violence trouvant sa source dans un fait de l'Homme. De ce fait, elle se rapproche toujours plus d'une réception des violences issues de circonstances économiques au titre de la violence et par conséquent de celle de la violence économique.

intellectuelle lors de la négociation, caractérisée par des pressions matérielles ou psychologiques atteignant le consentement du contraint dans son élément de liberté d'une manière suffisamment forte pour justifier l'annulation du contrat déséquilibré qui en est résulté, générateur d'avantages injustes en faveur du contractant dominant ».

371. Effectivement, la jurisprudence de la Cour de cassation a connu une évolution certaine sur la question des violences issues de circonstances extérieures se positionnant en faveur de la réception au titre de la violence. Si bien, que l'étude de la jurisprudence des différentes Chambres de la Cour de cassation met en exergue un traitement toujours plus proche de la violence économique semblant indiquer que la Cour de cassation se dirige vers une consécration de la violence économique.

372. En effet, les différentes Chambres de la Cour de cassation semblent, dans leur ensemble, s'être accordées sur l'idée de traiter l'exploitation abusive d'un état de nécessité, d'une situation de détresse ou d'une dépendance économique au titre de la violence.

373. En effet, la Chambre des requêtes est la première avec l'affaire ROLF³⁹⁹ à accepter de traiter l'exploitation abusive d'un état de nécessité au titre de la violence dans le cadre du domaine maritime.

374. La Chambre sociale intervient à son tour le 5 juillet 1965⁴⁰⁰ et poursuit le travail amorcé par la Chambre des requêtes en traitant l'exploitation abusive d'un état de nécessité au titre de la violence dans le cadre d'un litige en droit social. Autrement dit, en dehors du domaine exclusif fixé préalablement par la Chambre des requêtes offrant ainsi à l'état de nécessité un champ d'application plus large. Bien que les Hauts magistrats semblent être prêt à retenir les violences issues de circonstances extérieures au titre de la violence. Ils restent toutefois bien prudents limitant les domaines concernés.

375. La Chambre économique intervient assez tardivement mais significativement. En effet, elle traite l'exploitation abusive d'un état de nécessité au titre de la violence dans

³⁹⁹ Req., 27 avril 1887 (dit affaire « ROLF »), *DP*, 1888, n° 1, p. 263, *S.*, 1887, n° 1, p. 372.

⁴⁰⁰ Soc., 5 juillet 1965, *Bull. civ.* 1965, IV, n° 545, p. 460.

l'arrêt du 18 février 1997⁴⁰¹ acceptant ainsi que la réception de violences issues de circonstances extérieures et, ici, économiques puissent être traitées au titre de la violence.

376. La Troisième Chambre civile de la Cour de cassation s'aligne sur la position adoptée par la Chambre commerciale dans un arrêt du 13 janvier 1999⁴⁰².

377. Ainsi, il semble évident que toutes les Chambres de la Cour de cassation se soient accordées sur le sort des violences issues d'évènements extérieurs ce qui est donc la position officielle de la Cour de cassation dont l'évolution de la jurisprudence indique clairement que les Hauts magistrats se préparent à une consécration certaine de la violence économique.

D. LA CONSÉCRATION DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE PAR LA JURISPRUDENCE

378. C'est dans un arrêt du 30 mai 2000 que la Cour de cassation signe la dernière évolution du traitement de la contrainte économique au titre de la violence. Mais avant d'étudier l'apport considérable que représente l'arrêt du 30 mai 2000 au traitement de la contrainte économique au titre de la violence (2), il convient d'analyser le contexte particulièrement opportun dans lequel cette reconnaissance a eu lieu (1).

⁴⁰¹ Com., n° 94-19272, 18 février 1997, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 59, p. 52.

⁴⁰² Civ. 3^{ème}, n° 96-18309, 13 janvier 1999, *Bull. civ.* 1999, III, n° 11, p. 7.

1. UN CONTEXTE PROPICE À LA CONSÉCRATION DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE

379. La reconnaissance de la violence économique procèdent d'un contexte socio-économique et juridique particulièrement enclins à la réception de la contrainte économique au titre de la violence.

380. Un contexte socio-économique opportun. Cette dernière évolution prend appui sur un contexte socio-économique extrêmement favorable et opportun à la reconnaissance de la violence économique.

En effet, la conséquence perverse du contexte socio-économique révolutionnaire qui place au cœur des préoccupations l'Homme ainsi que le respect de sa liberté et de sa volonté est l'émergence d'un libéralisme économique débridé qui s'approprie et détourne ces mêmes idées révolutionnaires. Ce libéralisme économique acharné encourage les situations de contrainte économique elles-mêmes favorisant l'émergence des contrats déséquilibrés.

Ainsi, l'élargissement du vice traditionnel de violence à la violence économique apparaît nécessaire. La consécration de la violence économique répond donc à un vrai besoin sociétal.

381. Certains auteurs cernent parfaitement ce changement monumental dans la société et auquel le Droit est en devoir de répondre.

Le Doyen Jean CARBONNIER explique en conséquent que « *la notion de violence recouvre des faits sociaux très dissemblables. (...) La violence violente tend à devenir rare dans nos sociétés policées, sauf épisodes de la lutte des classes (...) ou de la guerre*

totale. (...) Bien plus fréquemment on a affaire à la violence astucieuse : abus des voies de droit commis par un créancier, exploitation de la détresse d'autrui »⁴⁰³.

De même, les Professeurs Philippe MALINVAUD et Dominique FENOUILLET précisent que ces « *dernières décennies le problème de la liberté du consentement se soit déplacé : on ne contracte plus par erreur, ou sous l'empire du dol ou de la violence, mais simplement parce qu'on ne peut pas faire autrement. C'est alors un autre problème, celui de la protection des faibles, et plus précisément, des consommateurs »⁴⁰⁴.*

382. Le contexte socio-économique et plus précisément, les dérives du libéralisme économique engendrent l'explosion des contrats déséquilibrés et donc des situations de contrainte économique et créent un besoin juridique certain.

Ainsi, le contexte juridique est appelé à prendre en compte les situations de contrainte économique et encadrer les contrats déséquilibrés et par conséquent à se prononcer sur la question de traiter au titre de la violence, les violences issues de circonstances extérieures.

Ainsi, le contexte socio-économique impact et créé un contexte juridique favorable à la reconnaissance de la violence économique. Cette évolution majeure est, par conséquent, également portée par un contexte juridique particulièrement propice.

383. Un contexte juridique disposé. Ce contexte juridique avantageux s'explique pour deux raisons : la première consiste en une prédominance toujours plus importante de l'aspect psychologique sur l'aspect moral dans la théorie des vices du consentement et dans le traitement de la violence. La seconde réside dans la position inaudible de la jurisprudence quant au traitement de l'exploitation abusive de l'état de nécessité et ou de dépendance économique au titre de la violence en raison de la divergente des positions adoptées par les juridictions de fond et la Cour de cassation.

⁴⁰³ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens, les obligations*, 22^{ème} éd., coll. Quadrige Manuel, P.U.F., Paris, 2004, vol. II, p. 1999, §960.

⁴⁰⁴ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, LexisNexis, Paris, 2012, p. 161, §213.

384. Ainsi, premièrement, le contexte juridique est marqué par une prédominance de l'élément psychologique au sein de la théorie des vices du consentement, qui procède, d'une part, du contexte socio-économique favorable et plus précisément des dérives du libéralisme économique débridé ; et qui, d'autre part, est la conséquence directe de la promotion du consensualisme et l'autonomie de la volonté en tant que nouveau mode de création des rapports contractuels.

En effet, le contexte juridique connaît une évolution qui, de prime abord, semble être minime mais qui s'avère être d'une grande importance. Il s'agit de la prédominance de l'aspect psychologique dans la théorie des vices du consentement.

385. Cette prédominance a deux raisons : la première raison est la tendance à avoir recours à une appréciation *in concreto* c'est-à-dire subjective de la contrainte permettant et facilitant ainsi la prise en compte par le Droit de la violence issue de circonstances extérieures.

La deuxième raison tient dans la place qu'occupent l'élément intentionnel et la nature de la violence dans la reconnaissance de la crainte résultant d'événements extérieurs. En effet, certains auteurs ont plaidé la reconnaissance de la crainte issue de circonstances extérieures au titre de la violence morale en arguant que peu importe la nature ou l'origine de la violence (un fait de l'Homme ou événements extérieurs) ce qui importe est la présence de l'élément intentionnel (c'est-à-dire d'avoir tiré profit de la violence⁴⁰⁵).

386. En effet, dans les deux cas, que la violence soit un fait de l'Homme ou qu'elle résulte de circonstances extérieures (naturelles ou économiques), l'Homme joue toujours un rôle, dans le premier cas il crée la crainte afin d'en tirer profit, dans le second cas, il tire uniquement profit d'une crainte déjà existante (indépendamment de lui).

⁴⁰⁵ J.-C. MONTANIER, *Le contrat*, 4^{ème} éd., coll. Le Droit en plus, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2005, p. 67, §95 : à propos de l'élément intentionnel : « *très logiquement exigé-on voit mal une violence « par imprudence » doit être entendu largement : il y a violence même si l'on « se contente » de tirer profit d'un mal dont on n'est pas l'auteur (...)* ».

387. Mais pour la victime, l'origine de la violence, qu'elle soit le fait de l'Homme ou qu'elle soit issue de circonstances extérieures, ne change rien : son consentement est vicié et sa liberté est bafouée. Le fait de prendre en compte le point de vue de la victime est un indice de l'importance grandissante de l'élément psychologique et de la logique contractuelle dans le traitement de la violence.

388. Par ailleurs, les Professeurs François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE précisent que : « *cette différence ne s'explique guère si l'on se place au seul de vue de la psychologie de celui qui est victime de la tromperie ou de la violence. Sa volonté est pareillement atteinte dans les deux cas. Elle se justifie en revanche d'un point de vue social, le trouble causé par la violence étant en soi plus dangereux* »⁴⁰⁶.

389. Ainsi, comme le soulignent justement certains auteurs : « *la prédominance des données psychologiques sur les données morales, que consacre l'article 1111⁴⁰⁷, conduit à se demander si, allant plus loin, il faut retenir comme cause de nullité la contrainte qui, en dehors de toute action humaine, résulte parfois des seuls événements. Il est, en effet, des cas où sans être menacée par quiconque, une personne ne peut pas ne pas contracter* »⁴⁰⁸.

En raison du contexte révolutionnaire, de la volonté de placer l'Homme aux coeurs de préoccupations et de faire de la volonté et de la liberté, dont la traduction juridique est le consentement, le mode de création des obligations, accordant ainsi une place toujours plus grande à l'élément psychologique dans le traitement du vice de violence, a pour conséquence de favoriser le traitement de la contrainte économique et des violences issues

⁴⁰⁶ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2009, p. 254, §246. Dans le même sens : P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, LexisNexis, Paris, 2012, p. 158, §207 : ceci s'explique par « *le caractère particulièrement antisocial et intolérable de la violence* ».

⁴⁰⁷ Nouvelle codification de l'art. 1111 à l'art. 1140 et 1130 du C. civ. par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁴⁰⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 15^{ème} éd., coll. Université, série Droit Privé, Sirey, Paris, 2012, t.1 : L'acte juridique, p. 213, §224.

de circonstances extérieures au titre d'une nouvelle forme de violence : la violence économique.

390. Enfin deuxièmement, le contexte juridique est propice à la consécration d'une nouvelle forme de violence. Face à la « pagaille jurisprudentielle », les magistrats de la Haute Cour doivent apporter une réponse claire afin de mettre un terme au débat juridique portant sur la question de savoir si la violence morale est caractérisée lorsqu'une partie tire profit de la crainte résultant d'évènements extérieurs et notamment en cas de dépendance économique ou dans un état de nécessité, c'est-à-dire sans fait de l'Homme, au moment de la conclusion du contrat afin d'obtenir des avantages excessifs ou injustifiés.

Cette question juridique a provoqué tant de discordes et de positions divergentes au sein même des juridictions du fond mais également entre les juges du fond et les Haut magistrats que l'intervention de la Cour de cassation afin de fixer un cap et de clore définitivement le débat est nécessaire notamment afin d'assurer une certaine sécurité juridique aux justiciables qui ont été jusqu'à lors pleinement exposés à un aléa juridique.

391. En définitive, la crainte résultant d'évènements extérieurs a connu plusieurs évolutions. Dans un premier temps, la contrainte issue de circonstances extérieures n'était tout bonnement pas reconnue et prise en compte par le Droit qui ne reconnaissait alors que la violence issue d'un fait de l'Homme. Il s'agissait alors d'un délit.

392. La première évolution réside dans le fait que les Haut magistrats acceptent de traiter de la crainte lorsqu'elle est issue de circonstances extérieures au titre de la violence mais uniquement de ce qui relève du domaine maritime.

393. La seconde évolution consiste en ce que la Cour de cassation et certains juges du fond acceptent d'élargir grandement le champ du traitement de cette nouvelle forme de violence morale aux domaines commerciaux (cas des contrats de travail, contrats

commerciaux, contrats de distribution passés à des termes désavantageux) lui offrant ainsi un « terrain de jeu » plus ample.

394. Enfin, la dernière évolution consiste à considérer que l'abus d'une situation économique (état de nécessité ou situation de faiblesse économique ou de dépendance économique) qui vice le consentement de la victime est constitutif d'une violence sans pour autant avoir recours au terme de violence économique.

395. La crainte résultant d'événements extérieurs a connu une évolution majeure : la reconnaissance expresse, par la Haute Cour, d'une nouvelle forme de violence : la violence économique ! En effet, la nécessité d'apporter des solutions toujours plus pertinentes aux dérives du libéralisme économique et de faire face à un contexte juridique ébranlé par un nouveau défi à relever et s'inscrivant dans un besoin criant de clarté sur la question du traitement des violences issues de circonstances extérieures au titre de la violence ont poussé les Hauts magistrats à reconnaître directement la violence économique dans un célèbre arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 30 mai 2000.

2. UNE CONSÉCRATION EXPRESSE DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE PAR LES HAUTS MAGISTRATS

396. La reconnaissance expresse de la violence économique au sein du droit civil se fait en deux temps : le premier consiste en la reconnaissance expresse de la violence économique et le second réside dans la mise en place du régime de la violence économique.

397. La reconnaissance expresse de la violence économique par la jurisprudence. La Cour de cassation franchit, une nouvelle étape, avec l'arrêt de principe du 30 mai 2000⁴⁰⁹ car elle consacre directement la violence économique.

M. DEPARIS, assuré par les Assurances mutuelles de France « Groupe Azur » fut victime d'un incendie survenu dans le garage qu'il exploitait. Il signa alors une transaction désavantageuse avec son assureur incendie sur la proposition de l'expert pour fixer les dommages fixés bien inférieurement au montant réel des dommages par la suite. Il demanda ensuite l'annulation de la transaction arguant que ladite transaction a été conclue sous contrainte économique.

La Cour d'appel de Paris rejeta sa demande en soutenant que la transaction ne peut être attaquée pour cause de lésion, la contrainte économique dont faisait état M. DEPARIS ne saurait entraîner la nullité de cet accord.

398. La Première Chambre civile de la Cour de cassation censure vivement l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris affirmant que « *la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* ».

399. C'est ainsi que la violence économique a été reconnue pour la première fois par les Hauts magistrats. Il s'agit d'une vraie reconnaissance de principe. La solution est posée par un motif de droit pour souligner toute l'importance et la solennité de la solution et de sa portée.

⁴⁰⁹ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*, *RTD civ.*, 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », *L.P.A.*, 22 novembre 2000, n° 233, p. 18, obs. S. SZAMES, « La violence économique : vice du consentement ? », *JCP*, 24 janvier 2001, n° 4, II, 10461, obs. G. LOISEAU, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », *JCP E*, 29 mars 2001, n° 13, p. 571, obs. R. SECNAZI, « La contrainte économique qualifiée de violence pour justifier l'annulation d'une transaction manifestement déséquilibrée » cassant l'arrêt Paris, n° 1005 F-P, 18 mars 1998.

Les magistrats de la Haute Cour consacrent ainsi une nouvelle forme de violence. En effet, après la violence physique et la violence morale et afin de répondre à un besoin social et juridique pressant, une nouvelle forme de violence, prétorienne, est consacrée.

En effet, comme le soulignait le Doyen Jean CARBONNIER, la violence tend à être toujours plus pernicieuse⁴¹⁰.

400. La Cour de cassation semble mener à terme son évolution jurisprudentielle sur la réforme du vice traditionnel de violence avec l'arrêt du 30 mai 2000 et la consécration donc de la violence économique.

D'ailleurs, l'arrêt de la Haute Cour du 30 mai 2000 consiste en une double reconnaissance d'une part de la violence économique et d'autre part de la contrainte économique.

401. La Haute Cour offre une reconnaissance directe et explicite de la violence économique. En effet, les Hauts magistrats reconnaissent que l'exploitation abusive d'un état de nécessité ou d'une situation de détresse ou d'une dépendance économique autrement dit que les violences issues d'évènements extérieurs dont des évènements économiques doivent être traitées au titre d'une nouvelle forme de violence, la violence économique.

402. Ainsi, les magistrats, accordant à la violence économique un régime propre, permettent aux violences issues de circonstances extérieures d'être traitées au titre de ce dernier et non plus au titre de la violence morale. C'est la première fois que la jurisprudence reconnaît de manière aussi explicite et indépendante le traitement des violences issues d'évènements extérieurs et à travers lui, le traitement de certaines situations de contrainte économique.

⁴¹⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens, les obligations*, 22^{ème} éd., coll. *Quadrige Manuel*, P.U.F., Paris, 2004, vol. II, p. 1999.

403. En effet, la Cour de cassation ne s'arrête pas à la consécration de la violence économique, l'arrêt du 30 mai 2000 reconnaît également la contrainte économique.

404. Cependant, la reconnaissance de la contrainte économique ne va pas aussi loin que celle de la violence économique. Il ne s'agit pas d'une consécration proprement parlée comme c'est le cas de la violence économique. C'est une reconnaissance explicite mais indirecte de la contrainte économique qui est organisée par les Hauts magistrats trahissant une certaine hésitation à consacrer pleinement la contrainte économique.

En effet, il s'agit d'une reconnaissance explicite en ce sens que c'est la toute première fois que le terme de contrainte économique est utilisé. La jurisprudence n'avait jamais auparavant mentionné en tant que telle la notion de contrainte économique préférant les allusions implicites et les termes de violences, de craintes ou de simple contraintes (issues de circonstances extérieures). Il s'agit donc d'une grande première.

Mais cette reconnaissance reste indirecte. Effectivement, la Cour de cassation reconnaît dans l'arrêt du 30 mai 2000 que la violence économique participe de la contrainte économique et que la violence économique traite certaines situations de contrainte économique. Les Hauts magistrats ne consacrent pas pour autant la contrainte économique en tant que telle et ne lui allouent aucun régime propre.

405. Enfin pour finir, il convient de souligner que la violence économique en droit civil a été consacrée à la suite de la reconnaissance indirecte de la contrainte économique par les droits spéciaux. La reconnaissance indirecte et prétorienne de la contrainte économique au titre de la violence économique en droit civil n'intervient qu'à la suite de la reconnaissance indirecte et légale de la contrainte économique au titre de différents régimes au sein des droits spéciaux.

A cette occasion certains ont parlé d'une contamination du droit civil par les droits spéciaux. La reconnaissance de la violence économique serait due à une forte attraction de ces derniers sur le droit civil.

En effet, c'est inspiré par le traitement de la contrainte économique au sein de ces droit spéciaux que les magistrats des Hauts magistrats ont décidé de reconnaître la contrainte économique au titre de la violence économique en droit civil en offrant à cette dernière un régime propre. Certains estiment que le régime de la violence économique est une sorte d'abus de faiblesse en droit civil en s'appuyant sur le droit de la consommation.

406. La solution de principe posée par le présent arrêt est annoncée alors comme un dogme ; d'ailleurs, sans aucun pragmatisme. Une nouvelle intervention de la jurisprudence est nécessaire pour préciser le régime de ce nouveau vice de violence.

407. La mise en place d'un régime de la violence économique. Afin de préserver la sécurité juridique et la pérennité contractuelle, la Première Chambre civile de la Cour de cassation est intervenue de nouveau sur la question pour préciser le cadre de la violence économique dans un arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 3 avril 2002⁴¹¹.

⁴¹¹ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE, B. FAGES, « Violence morale et dépendance économique », *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2003, n° 25, p. 18, obs. J. ROVINSKI, « Contrats et obligations », *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *Deffrénois*, 15 octobre 2002, n° 19, p. 1246, obs. E. SAVAUX, *JCP*, 27 novembre 2002, n° 48, I, p. 184, obs. G. VIRASSAMY, « Droit des obligations » casse l'arrêt Paris, 12 janvier 2000, *JurisData* n° 107201, M^{me} K c/ S.A. L.-B., *JCP*, 2000, n° II, p. 10433, obs. P. PIERRE, *D.*, 2001, p. 2067, obs. P. FADEUILHE, *RTD civ.*, 2003, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES : M^{me} X était collaboratrice puis rédactrice salariée de la société Larousse-Bordas depuis 1972 ; que selon une convention à titre onéreux en date du 21 juin 1984, elle a reconnu la propriété de son employeur sur tous les droits d'exploitation d'un dictionnaire intitulé « Mini débutants » à la mise au point duquel elle avait fourni dans le cadre de son contrat de travail une activité supplémentaire ; que, devenue « directeur éditorial langue française » au terme de sa carrière poursuivie dans l'entreprise, elle en a été licenciée en 1996 ; que, en 1997, elle a assigné la société Larousse-Bordas en nullité de la cession sus-évoquée pour violence ayant alors vicié son consentement, interdiction de poursuite de l'exploitation de l'ouvrage et recherche par expert des rémunérations dont elle avait été privée. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 12 janvier 2000, retient, pour accueillir ces demandes, « qu'en 1984, son statut salarial plaçait M^{me} X en situation de dépendance économique par rapport à la société Editions Larousse, la contraignant d'accepter la convention sans pouvoir en réfuter ceux des termes qu'elle estimait contraires tant à ses intérêts personnels qu'aux dispositions protectrices des droits d'auteur ; que leur refus par elle aurait nécessairement fragilisé sa situation, eu égard au risque réel et sérieux de licenciement inhérent à l'époque au contexte social de l'entreprise ». La Cour de cassation a censuré cet arrêt.

408. Toutes pressions économiques au moment de la formation du contrat ne sauraient être une cause de nullité. Les Hauts magistrat encadrent, par cette intervention, le traitement de la contrainte économique au titre de la violence économique en précisant les conditions de ce nouveau régime et donc les limites de ce dernier.

Effectivement, la Haute Cour a précisé, à l'occasion d'un arrêt du 3 avril 2002 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* ».

409. Le champ d'application de la violence économique semble être délibérément très restreint. En effet, il est licite de profiter de la dépendance économique du contractant au moment de la formation du contrat dans la cadre de la négociation ce qui relève du jeu commercial normal mais à condition de ne pas abuser de cet état de dépendance économique. En effet, il n'existe pas de négociation à armes égales, le rapport de force économique entre les contractants est toujours déséquilibré. Ainsi, « *le critère se trouve dans l'exploitation délibérée* »⁴¹² et abusive de la situation économique défavorable de l'autre partie.

410. En effet, la Cour de cassation distingue avec prudence la « simple » dépendance économique de la violence économique et de la contrainte économique. La « seule » vulnérabilité ou dépendance économique, si elle n'est pas exploitée abusivement pour en tirer profit, ne saurait viciée de violence le consentement⁴¹³.

⁴¹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Ibid*, t.1 : L'acte juridique, p. 214, §224.

⁴¹³ Jurisprudence constante depuis l'arrêt Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas : Com., n° 01-11414, 11 janvier 2005, inédit : la Cour de cassation rejette le pourvoi de M. X qui, pour refuser de payer une somme importante au titre de la garantie du passif, se prévalait de la violence qui « peut résulter de la contrainte économique ». Selon lui, c'est « *en raison de la menace de ruine de sa société et de la dépendance économique totale dans laquelle il se trouvait de ce fait au regard de la société S. de sorte que son consentement s'était ainsi trouvé vicié par la violence* » qu'il avait donné son consentement pour les opérations liées au transfert de contrôle de sa société à la société S., à une convention comportant la cession d'un métier à broder et la clause de garantie d'actif et de passif litigieux. La Haute Cour s'aligne sur la position des juges du fond qui avaient retenu que « *le seul fait que M. X. n'ait pas été en position de force en la négociation ne permet pas en soi d'impliquer qu'il aurait été trompé ou qu'il aurait accepté une clause léonine* » et d'ajouter que « *si M. X. avait pu consentir*

411. Il convient de souligner que cet arrêt apporte très peu de précisions quant au régime de la violence économique. En effet, en dehors des conditions à remplir pour reconnaître la violence économique, très peu d'éléments sont apportés.

D'ailleurs, les conditions elles-mêmes ne sont ni claires ni explicites. Il appartiendra aux juges de déterminer et de fixer ces conditions et répondre aux interrogations que pose naturellement ce régime : qu'est-ce que la dépendance économique en droit civil ? Est-ce proche de la notion de dépendance économique en droit de la concurrence ? La notion de dépendance économique répond-elle aux mêmes conditions ? Qu'est-ce qu'un abus, une exploitation abusive ? Quand y-a-t-il abus ? Il y a beaucoup de zones d'ombre. C'est un régime très flou laissant quasi-intégralement le soin aux magistrats de fixer les contours de ce régime plaçant ainsi les justiciables sous le risque d'un important aléa juridique.

412. Il convient d'apporter une deuxième précision quant aux fondements psychologiques et moraux de la violence. Dans le cas de la violence économique, il semblerait que les données psychologiques et morales s'articulent parfaitement les unes aux autres.

Effectivement, les données morales s'illustrent dans le comportement répréhensible de l'auteur⁴¹⁴ c'est-à-dire dans le fait que l'auteur exploite l'état de nécessité ou de dépendance économique de la victime afin d'en tirer profit injustement, et ce peu importe qu'il ait provoqué la crainte ou qu'il soit limité à l'exploiter.

Le fondement psychologique se retrouve dans le consentement vicié de la victime : le fait d'avoir consentir un contrat sous une contrainte extérieure (naturelle ou économique).

413. Enfin, de prime abord, il pourrait sembler qu'en consacrant la violence économique, la Cour de cassation se soit éloignée de la thèse classique qui prône une conception traditionnelle de la violence. Toutefois, un regard appuyé au régime de la violence économique établie par les Hauts magistrats permet rapidement et malheureusement de rassurer les fidèles de la doctrine classique. Telle qu'établie par la Cour de cassation, la

à l'accord litigieux sous la contrainte économique, les clauses critiquées par lui n'étaient pas illégitimes et ne procuraient pas à la société S. un avantage excessif».

⁴¹⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Ibid*, t.1 : L'acte juridique, p. 215, §224.

violence économique est bien trop marquée, rattachée et ancrée dans la conception classique du vice traditionnel de la violence et porte en son sein la rigidité et l'étroitesse de ce régime. Au vu du nombre très limité de procédures engagées sur ce fondement, ne serait-ce pas cette particularité qui peut expliquer l'échec du régime de la violence économique à prendre en compte correctement la contrainte économique ?

414. Afin de compléter l'étude de la réception de la notion de contrainte économique au sein du droit civil et après s'être attardé sur l'évolution de la réception doctrinale et jurisprudentielle de la violence économique, il convient de s'interroger sur la réception légale de la notion de violence économique au sein du droit civil.

PARAGRAPHE III. L'ÉVOLUTION LÉGALE DE LA RÉCEPTION DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE : UNE CONSÉCRATION ATTENDUE METTANT FIN AU REFUS CONSTANT DU LÉGISLATEUR À CONNAÎTRE DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE

415. L'évolution législative de la reconnaissance de la contrainte économique au sein du droit civil présente deux caractéristiques : la première réside dans le fait que la reconnaissance légale de la contrainte économique au sein du droit civil ne s'est faite qu'indirectement c'est-à-dire via le traitement de l'exploitation abusive d'un état de nécessité au titre de la violence et la seconde consiste en ce que cette reconnaissance a été particulièrement ponctuelle et limitée à des domaines bien ciblés.

416. C'est à la suite de l'affaire ROLF⁴¹⁵ et avant le traitement légal de la contrainte économique au sein des droits spéciaux et celui de la violence économique par la

⁴¹⁵ Req., 27 avril 1887 (dit affaire « ROLF »), *DP*, 1888, n° 1, p. 263, *S.*, 1887, n° 1, p. 372.

jurisprudence en droit civil que la reconnaissance légale de l'état de nécessité au titre de la violence a eu lieu. Cette reconnaissance a été particulièrement cantonnée.

Le législateur a toujours refusé de reconnaître en tant que telle au sein d'un régime propre ou au titre de la violence, l'exploitation abusive de l'état de nécessité, la violence économique ou la contrainte économique à deux exceptions près : celui du domaine maritime et le cas exceptionnel des spoliations des juifs sous la Seconde Guerre mondiale.

417. Effectivement, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, le législateur a mis en place des mesures exceptionnelles dont l'ordonnance n°45-770 du 21 avril 1945 sur les spoliations des juifs⁴¹⁶. L'article 11 de ladite ordonnance prévoit au profit des victimes de spoliations perpétrées une présomption de violence sauf à prouver que l'aliénation a été réalisée moyennant un juste prix auquel cas la présomption tombe. Toutefois, les Hauts magistrats retiennent, dans une large interprétation, qu'un état de nécessité est constitutif de violence⁴¹⁷.

418. Concernant le domaine maritime, il a fait l'objet d'une reconnaissance progressive de la part du législateur.

La loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritime⁴¹⁸ vise à reconnaître, en matière maritime, l'état de nécessité au titre de la violence, entérinant ainsi la jurisprudence ROLF. A l'occasion le législateur déclare qu'« *au moment et sous l'influence du danger* » peut-être annulé ou modifié par le juge la convention « *s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables* »⁴¹⁹.

Le législateur intervient une seconde fois afin d'apporter des précisions quant à l'assistance maritime dans une loi n° 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de

⁴¹⁶ Ord. n° 45-770 du 21 avril 1945 portant deuxième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliations accomplis par l'ennemi, *JORF*, 22 avril 1945, p. 2283 complétée par l'Ord. n° 45-1224 du 9 juin 1945 portant troisième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 : nullité de droit de tous actes d'apparence légale accomplis avec le consentement des victimes, *JORF*, 10 juin 1945, p. 3379.

⁴¹⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 15^{ème} éd., coll. Université, série Droit Privé, Sirey, Paris, 2012, t.1 : L'acte juridique, p. 214, §224.

⁴¹⁸ Art. 7 de la loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritimes, *JORF*, 2 mai 1916, p. 3768.

⁴¹⁹ Art. 7 de la loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritimes, *JORF*, 2 mai 1916, p. 3768.

mer⁴²⁰ et prévoit à ce titre que : « *toute convention d'assistance peut, à la requête de l'une des parties, être annulée ou modifiée par le tribunal, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables, compte tenu du service rendu et des bases de rémunération indiquées à l'article 16 ou que le service rendu ne présente pas les caractères d'une véritable assistance, quelque qualification que les parties lui aient donnée* ».

Par la suite, la portée de cette loi est étendue au domaine de la navigation aérienne par une loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne⁴²¹.

Ainsi, la reconnaissance légale de l'exploitation abusive de l'état de nécessité au titre de la violence s'est limitée uniquement au domaine maritime et au domaine aérien. Il s'agit d'une reconnaissance particulièrement lente et particulièrement sélective et ciblée. Cette reconnaissance légale de la contrainte économique est, en somme toute, bien relative.

419. Pour certains la théorie des vices du consentement apparaît comme un bon « *moyen de correction de certains déséquilibres liés aux inégalités économiques des contractants ou résultant de comportements malhonnêtes ou contraires à la bonne foi* »⁴²², et donc, par conséquent, comme un moyen de lutte contre la contrainte économique.

En effet, comme le soulignent très justement les Professeurs Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE : « *avec la montée en puissance de principes de justice contractuelle, de loyauté, de morale contractuelle, la fonction des vices du consentement s'est élargie. (...) La jurisprudence a fait de la théorie des vices, non seulement un instrument de protection de la volonté mais également un moyen*

⁴²⁰ Loi n° 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer, *JORF*, 9 juillet 1967, p. 6867 (art. 15) : « *Toute convention d'assistance peut, à la requête de l'une des parties, être annulée ou modifiée par le tribunal, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables, compte tenu du service rendu et des bases de rémunération indiquées à l'article 16 ou que le service rendu ne présente pas les caractères d'une véritable assistance, quelque qualification que les parties lui aient donnée* ».

⁴²¹ Loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne, *JORF*, 3 juin 1924, p. 5046 (art. 57).

⁴²² M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, éd. 2010-2011, coll. Manuel, Paradigme, Paris, 2010, p. 176, §318.

indirect de correction de certains déséquilibres induits par l'inégalité économique des contractants ou par des comportements malhonnêtes ou contraires à la bonne foi »⁴²³.

420. Or, en même temps, le contexte juridique s'illustre par l'apparition d'un nouveau défi juridique à relever, à côté de la lutte, toujours actuelle, pour l'intégrité du consentement. La justice dans les relations contractuelles passe par la protection de faibles, de ceux qui n'ont pas le choix de ne pas contracter. En effet, le libéralisme économique a favorisé l'émergence des contrats dits déséquilibrés qui se multiplient et s'illustrent dans toutes les branches du Droit notamment les droits spéciaux qui apparaissent alors comme un terrain favorable.

Par conséquent, il y a une prolifération de ces contrats déséquilibrés procédant d'une contrainte économique. Les Professeurs Philippe MALINVAUD et Dominique FENOUILLET estiment que : « *le problème de la liberté du consentement se soit déplacé : on ne contracte plus par erreur, ou sous l'empire du dol ou de la violence, mais plus simplement parce qu'on ne peut pas faire autrement »⁴²⁴.*

421. Contrairement à certains membres de la doctrine qui se sont mobilisés pour plaider en faveur d'une réception de la contrainte économique au titre de la violence, et à la jurisprudence qui a consacré et reconnu la contrainte économique au titre de la violence économique dans un arrêt du 30 mai 2000⁴²⁵ et lui a offert un régime par la suite⁴²⁶ ; le

⁴²³ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. Université, série Droit privé, Sirey, Paris, 2012, p. 294, §792.

⁴²⁴ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, LexisNexis, Paris, 2012, p. 161, §213.

⁴²⁵ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*, *RTD civ.*, 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », *L.P.A.*, 22 novembre 2000, n° 233, p. 18, obs. S. SZAMES, « La violence économique : vice du consentement ? », *JCP*, 24 janvier 2001, n° 4, II, 10461, obs. G. LOISEAU, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », *JCP E*, 29 mars 2001, n° 13, p. 571, obs. R. SECNAZI, « La contrainte économique qualifiée de violence pour justifier l'annulation d'une transaction manifestement déséquilibrée ».

⁴²⁶ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*, *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE, B. FAGES, « Violence morale et dépendance économique », *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2003, n° 25, p. 18, obs. J. ROVINSKI, « Contrats et obligations », *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est

législateur a toujours refusé de reconnaître⁴²⁷ la contrainte économique ou la violence économique en tant que telles ou au titre de la violence.

422. Ce n'est que très récemment que cette position a changé par l'ordonnance du 10 février 2016⁴²⁸ à l'occasion de la réforme du droit des contrats etc droit des obligations. Il a consacré la violence économique. Effectivement, l'ordonnance du 10 février 2016 reconnaît clairement la violence économique dans son article 2 : « *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* »⁴²⁹.

423. Ainsi, l'ordonnance du 10 février 2016 n'a rien apportée de plus que la jurisprudence ou les projets de réforme dont la grande majorité notamment en droit interne se limitait à entériner le régime prétorien de la violence économique.

Cette ordonnance s'est présentée comme étant une opportunité formidable mais s'est révélée être une grande déception. En effet, l'ordonnance du 10 février 2016 n'apporte absolument rien au régime de la violence économique si ce n'est une valeur légale. Au contraire, elle consacre certaines erreurs des projets de réforme et du régime prétorien de la violence économique.

pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *Defrénois*, 15 octobre 2002, n° 19, p. 1246, obs. E. SAVAUX, *JCP*, 27 novembre 2002, n° 48, I, p. 184, obs. G. VIRASSAMY, « Droit des obligations ».

⁴²⁷ Mise à part deux exceptions très ponctuelles : Loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritimes, *JORF*, 2 mai 1916, p. 3768 ; Ord. du 12 novembre 1943 solennelle signée à Londres le 5 janvier 1943 par le comité national de la libération nationale et 17 gouvernements alliés : nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi ou sous son contrôle, *JORF*, 18 novembre 1943, p. 277 ; Ord. n° 45-770 du 21 avril 1945 portant deuxième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliations accomplis par l'ennemi, *JORF*, 22 avril 1945, p. 2283 ; Ord. n° 45-1224 du 9 juin 1945 portant troisième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 : nullité de droit de tous actes d'apparence légale accomplis avec le consentement des victimes, *JORF*, 10 juin 1945, p. 3379.

⁴²⁸ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁴²⁹ Art. 2 de l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35 codifié à l'art. 1143 du C. civ.

424. Curieusement, l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas suivi la jurisprudence en droit civil sur la violence économique qui retient comme situation de faiblesse l'état de dépendance mais également l'état de nécessité. Il faut s'interroger sur les motivations du gouvernement à limiter la situation de faiblesse de la victime à de la faiblesse économique et (de nature intrinsèque, intellectuelle ou psychologique). La position adoptée par le gouvernement est critiquable. Elle ne semble pas légitime et elle est inopportune car elle limite les situations pouvant tomber sous le coup de la violence économique. Elle freine donc la réception de la contrainte économique.

425. Par ailleurs, il faut s'interroger également sur la notion même d'« état de dépendance ». Qu'est-ce qu'un état de dépendance ? S'agit-il d'une dépendance économique ou d'une dépendance d'ordre technique ou juridique ? S'il s'agit de dépendance économique, alors répond-elle à la même définition que la dépendance économique développée par le droit de la concurrence ? Les critères de qualification sont-ils les mêmes qu'en droit de la concurrence ?

426. L'une des critiques essentielles qui peut être faite au régime de la violence économique tel qu'il est porté pour l'ordonnance du 10 février 2016 est relative à la nature consacrée de la violence économique. En effet, ici la violence économique est consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 comme étant un vice du consentement. Son champ d'application est donc limité volontairement à la formation du contrat. Seuls les abus de déséquilibre structurel ayant eu lieu lors de la formation du contrat seront sanctionnés ignorant de ce fait les situations de contrainte économique ayant lieu lors de l'exécution et lors de l'extinction du contrat. Ce choix limite considérablement le traitement de la contrainte économique.

427. Ainsi, le régime de la violence économique proposé par l'ordonnance du 10 février 2016 a un apport relativement limité si ce n'est de donner une valeur légale au régime de la violence économique. Mais encore, l'intérêt de consacrer légalement un régime prétorien, est de poursuivre l'effort amorcé par la pratique et de l'améliorer tant que cela

est possible. Ici, la consécration de la violence économique est une consécration constante vis-à-vis du régime prétorien (à l'exception de l'état de nécessité qui n'est pas prévu par l'article 1143). Or, le régime prétorien de la violence économique était déjà largement imparfait, lacunaire et inefficace raison pour laquelle il a été très peu sollicité par les justiciables. Il est dommage de consacrer un régime prétorien incohérent et inefficace afin de lui donner une valeur légale sans tenter de l'améliorer.

Le gouvernement s'est offert les moyens de réformer le traitement de la contrainte économique, les attentes de la communauté juridique étaient vraisemblablement beaucoup plus grandes que les ambitions gouvernementales en matière de politique juridique. En définitive, le nouveau régime de la violence économique consacré par l'ordonnance du 10 février 2016 est une grande déception.

428. Par ailleurs, il faut souligner que le législateur a concédé, et ce simultanément à la spécialisation du Droit, de manière indirecte, la contrainte économique au sein des droits spéciaux.

Effectivement, la contrainte économique a connu une dernière grande évolution quant à sa reconnaissance par le Droit. Cette évolution est concomitante à celle de la spécialisation du Droit. Simultanément à la spécialisation du Droit, la contrainte économique a fait son apparition au sein des différentes branches du Droit.

429. Il convient d'étudier cette prolifération de la contrainte économique au sein des droits spéciaux pour compléter l'étude de l'évolution de la notion de contrainte économique afin de mieux saisir et définir la notion de la contrainte économique.

CHAPITRE II. L'ÉVOLUTION COMPLIQUÉE DE LA NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE DANS LES DROITS SPÉCIAUX

430. Tenter d'offrir une identité à la notion de contrainte économique nécessite forcément de comprendre l'évolution de cette notion à travers le Droit. La contrainte économique est une notion orpheline dépourvue d'un régime commun et d'une définition propre. C'est une notion fragmentée entre le droit civil et les droits spéciaux et morcelée entre différents régimes.

Après s'être attardé sur l'évolution de la notion de contrainte économique à travers le droit civil, il faut analyser son évolution au sein des droits spéciaux.

431. La spécialisation du Droit s'est accompagnée par la prolifération de la contrainte économique au sein des différentes branches du Droit. Cette contamination des droits spéciaux par la contrainte économique résulte de l'émergence et de l'explosion des contrats déséquilibrés qui ont trouvé au sein des droits spéciaux un écrin favorable à leur développement et à la propagation des abus de déséquilibre structurel.

432. La contrainte économique s'est d'abord exprimée au sein du droit de la concurrence. Elle s'est matérialisée à travers les abus de domination (Section I). Puis, elle a pris d'assaut le droit de la consommation et le droit pénal des affaires pour s'exprimer à travers les abus de faiblesse et de vulnérabilité (Section II).

SECTION I. LA RÉCEPTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : LA CONSÉCRATION DES ABUS DE DOMINATION

433. La contrainte économique trouve dans les abus de domination en droit de la concurrence un nouveau refuge où s'exprimer.

434. En effet, le jeu de la concurrence cristallise les rapports de forces. La contrainte économique s'est, d'abord, exprimée au titre de l'exploitation abusive d'une position dominante (Paragraphe I). Puis, elle s'est manifestée au titre de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LA RÉCEPTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE AU TITRE DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

435. La notion de contrainte économique s'est d'abord développée à travers le régime de l'abus de position dominante.

436. Afin de comprendre au mieux l'évolution de la notion de contrainte économique au sein de l'abus de position dominante et avant de s'attarder sur les difficultés de telle reconnaissance et d'envisager son évolution au fil du temps (B), il faut analyser le contexte particulièrement favorable au traitement des situations de contrainte économique au titre de l'abus de position dominante (A).

A. UN CONTEXTE FAVORABLE À L'APPARITION D'UN RÉGIME RELATIF À L'ABUS DE DOMINATION

437. La réception de la notion de la contrainte économique au titre de l'abus de position dominante a profité d'un contexte particulièrement avantageux. Effectivement, la contrainte économique a bénéficié d'un contexte politique, économique et juridique opportun à la reconnaissance de la notion de contrainte économique au titre de l'abus de position dominante (1) qui a été influencée de manière décisive des législations étrangères (2).

1. UN CONTEXTE POLITIQUE, ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE OPPORTUN

438. Comprendre le traitement de la contrainte économique actuel en Droit implique de revenir sur l'évolution de ce traitement et de comprendre le contexte dans lequel il s'est développé, les raisons pour lesquelles il a été mis en place.

439. Ainsi, il convient de revenir sur le contexte et les raisons qui ont amené le législateur à retenir l'abus de position dominante.

440. La consécration législative de l'abus de position dominante en Droit français s'explique par un contexte politique (a), économique (b) et juridique (c) enclin à sanctionner l'abus de position dominante.

a. Un contexte politique enclin à l'adoption d'un régime relatif à l'abus de position dominante

441. Un contexte politique favorable car marqué par la volonté de briser les dernières chaînes qui retiennent l'Homme. Le mouvement révolutionnaire français proclame que tous les Hommes naissent libres et égaux⁴³⁰ et consacre la toute-puissance de la liberté qui conduit le législateur à faire du consensualisme le mode de création des obligations contractuelles. La liberté et la volonté se traduisent en Droit par le consentement des

⁴³⁰ Art. 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* ».

parties, condition *sine qua non* de la création de tout acte juridique. Un contexte politique soutenu par un contexte socio-économique disposé à sanctionner cet abus de domination.

b. Un contexte socio-économique particulièrement clément à reconnaître l'abus de position dominante

442. Après avoir libéré l'Homme et afin que ce dernier puisse exercer pleinement cette liberté, le législateur s'attelle à libérer le monde des affaires.

443. En effet, la liberté contractuelle se traduit en économie par la liberté de l'économie et de l'industrie.

Les Professeurs Marie-Anne FRISON-ROCHE et Marie-Stéphane PAYET expriment parfaitement la corrélation existante entre les deux : « *La liberté des marchés ne se conçoit pas sans la liberté des contrats. La liberté des contrats, pour prospérer, a elle-même besoin du mécanisme de la concurrence* »⁴³¹.

En effet, avec le décret d'ALLARDE des 2 et 17 mars 1791⁴³², le législateur proclame la liberté du commerce et de l'industrie. Décret renforcé par la Loi LE CHAPELIER des 14 et 17 juin 1791⁴³³ qui pour s'opposer au retour des coopérations interdit aux ouvriers et compagnons de former des règlements sur de prétendus intérêts communs⁴³⁴.

⁴³¹ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006, p. 23, §21.

⁴³² Art. 7 des décrets des 2 et 17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et de jurandes et établissement des droits de patente (dits décret d'ALLARDE) : « *A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue auparavant de se pourvoir d'une patente d'en acquérir le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ».

⁴³³ Décrets des 14 et 17 juin 1791 (dits loi LE CHAPELIER).

⁴³⁴ Art. 1 et 2 des décrets des 14 et 17 juin 1791 (dits loi LE CHAPELIER).

Effectivement, ces groupements pouvaient porter atteinte à cette liberté qui assurait aux individus « *l'exercice individuel et de ce fait libre, de leur activité* »⁴³⁵.

444. La proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie permet ainsi la liberté de la concurrence, elle permet même de relancer le jeu de concurrence en France. En effet, l'ancien régime se structure selon une organisation corporative des métiers. Ce mode d'organisation présentait non seulement un frein à la concurrence mais éliminait et empêchait toute concurrence. En effet, « *d'une part, en instituant un monopole au profit des membres de la jurande, il éliminait par un égoïsme jaloux les extranei qui tentaient d'empiéter sur le monopole de ses affiliés. [...] Mais d'autre part, à l'intérieur même de la corporation, une réglementation minutieuse tentait de faire régner entre les professionnels de la spécialité une égalité parfaite qui anéantissait la concurrence en supprimant les instruments* »⁴³⁶.

445. Ainsi, à l'aube du XIX^{ème} siècle, le législateur révolutionnaire, poussé par les idées économiques libérales, consacre « *le droit d'entrer en compétition avec d'autres entreprises en vue de la conquête d'une clientèle* »⁴³⁷. C'est ainsi que le libéralisme économique est né, au XIX^{ème} siècle en France.

446. Il s'agit d'une vision dite « classique » de la concurrence que Vincent DE GOURNAY illustre au XVIII^{ème} siècle à travers l'expression : « *laissez-faire, laissez passer* ». Le libéralisme politique et économique conduit à un régime capitaliste libéral⁴³⁸.

La liberté du commerce et de l'industrie est proclamée en même temps que la venue de la révolution industrielle qui a lieu, dans un premier temps, en Angleterre, puis qui s'est étendue en France durant la seconde moitié du XIX^{ème} siècle. Cette révolution industrielle s'est accompagnée d'une nouvelle approche de l'économie politique qui s'est

⁴³⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 1, §1.

⁴³⁶ J. AZEMA, *Le Droit français de la concurrence*, coll. Thémis, P.U.F., Paris, 1981, p. 24 et s., §12.

⁴³⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Ibid*, p. 1, § 1.

⁴³⁸ M. DE JUGLART, B. IPPOLITO, E. DU PONTAVICE, J. DUPICHOT, *Traité de Droit commercial*, 4^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1988, t. 1 : Théorie générale du Droit des affaires, p. 26, §16.

nourrie et s'est développée grâce à la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'entreprendre, la liberté de la concurrence, la liberté contractuelle.

447. « *Redoutant toute loi prohibitive, il s'est dit libéral* »⁴³⁹. Cette nouvelle approche de l'économie politique est née d'une critique de l'interventionnisme du souverain dans l'économie émanant de l'idée que « *l'économie est régie par des mécanismes naturels* »⁴⁴⁰. En effet, la main invisible d'Adam SMITH illustre que la poursuite égoïste des intérêts individuels a pour effet de satisfaire l'intérêt collectif. Il s'agit de l'idée selon laquelle « *un ajustement général des comportements individuels, qui produit un juste prix pour tous et assure un équilibre général des marchés* »⁴⁴¹.

448. Dès la fin du 19^{ème} siècle, ce régime capitaliste libéral, connaissant plusieurs difficultés, commence à s'essouffler. La confiance donnée aux mécanismes naturels pour assurer l'efficacité des marchés et de la concurrence est rompue face aux abus qu'entraîne ce libéralisme pur et dur. Émerge alors l'idée que le législateur doit encadrer la liberté du commerce et de l'industrie, et à travers elle, la liberté de la concurrence afin de protéger la liberté des plus faibles face à la volonté des plus forts et aux abus qu'elle entraîne.

449. Le début du XX^{ème} siècle marque la fin de l'âge d'or du libéralisme et le début de l'interventionnisme de l'Etat dit « néolibéralisme ». L'interventionnisme de l'Etat s'explique par la volonté d'assurer pour le pays la gestion de l'effort de guerre et également d'encadrer le libéralisme économique.

450. La première moitié du XX^{ème} siècle est marquée par les deux grandes guerres. Pour soutenir l'effort de guerre, il est impératif de modifier l'économie politique et de passer d'un système capitaliste libéral à un système néolibéral. L'économie politique est donc

⁴³⁹ L. VOGEL, *Traité de Droit commercial*, 18^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2001, t. 1, v. 1 : Commerçants, tribunaux de commerce, fonds de commerce, propriété industrielle, concurrence, p. 13, §22.

⁴⁴⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Ibid*, p. 2 et s., §2.

⁴⁴¹ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Ibid*, p. 3, §2.

dirigée et planifiée durant la Première et la Seconde Guerre mondiale, périodes durant lesquelles le droit de la concurrence a été « quasi-suspendu ». En effet, en plus du contrôle administratif des prix⁴⁴², l'Etat est intervenu pour réduire ou supprimer les conséquences néfastes de la libre concurrence ; le but était alors de lutter contre « *les risques de pénurie et d'inflation monétaire* »⁴⁴³.

451. Ce changement de l'économie politique s'est fait dans un souci d'encadrer cette liberté et dans le but de mieux protéger la volonté et la liberté des plus faibles voyaient ainsi leur liberté bafouée et devaient se soumettre aux abus des plus forts.

Le contexte politique et socio-économique pressent le Droit alors lacunaire de traiter les abus de marchés.

c. Un contexte juridique insuffisant pour traiter les abus sur les marchés

452. L'Après-guerre est marqué par un assouplissement du contrôle administratif des prix et par un recul de l'intervention de l'Etat dans l'économie et la concurrence. L'Etat tente de soutenir dès lors la reprise économique, de relancer l'économie et de donner un nouveau souffle à la concurrence.

Pour ce faire, elle adopte au début des années 50 un certain nombre de dispositions législatives en commençant par le décret-loi du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale⁴⁴⁴ qui « *constitue l'acte*

⁴⁴² M. DE JUGLART, B. IPPOLITO, E. DU PONTAVICE, J. DUPICHOT, *op. cit.*, t. 1 : Théorie générale du Droit des affaires, p. 34 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Ibid*, p. 5, §4.

⁴⁴³ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Ibid*, p. 5, §4.

⁴⁴⁴ Décret-loi n° 53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, *JORF*, 10 août 1953, n° 187, p. 7045 (dit décret anti-trust règlementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence).

de naissance du droit moderne de la concurrence »⁴⁴⁵ : l'interdiction des ententes est alors proclamée⁴⁴⁶. Le décret-loi du 9 août 1953 marque « *une avancée vers la libéralisation de l'économie* »⁴⁴⁷.

453. Ces nouvelles dispositions jettent les fondements d'un nouveau droit de la concurrence s'inspirant essentiellement du droit européen lui-même très inspiré du droit antitrust Nord-Américain.

Toutefois, le problème quant aux abus des plus forts envers les plus faibles persiste. Ils sont incapables de défendre leurs intérêts et de faire respecter leur volonté et donc, par conséquent, d'exercer pleinement leur liberté. En effet, sous l'impulsion de la révolution française, les principes du libéralisme économique et politique conduisent à un système capitaliste libéral qui va engendrer des abus à l'encontre des plus faibles dont la liberté et la volonté sont entravées par les plus forts.

454. Problème auquel le législateur a tenté de répondre dès la fin du XIX^{ème} et le début du XX^{ème} siècle en adoptant une série de dispositions législatives visant à protéger la volonté et la liberté des plus faibles. Ce contre coup au libéralisme pur et dur c'est-à-dire au système capitaliste libéral s'explique pour certains auteurs⁴⁴⁸ par la montée en puissance du socialisme dû à l'adoption du suffrage universel.

⁴⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Ibid*, p. 6, §5.

⁴⁴⁶ Même si l'interdiction des ententes est proclamée dès l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 (art. 59 bis : « *sont prohibées, sous réserve des dispositions de l'article 59 ter, toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme que ce soit, ayant pour objet ou pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix* »). Elle a vocation à être provisoire en l'attente d'une loi générale sur les ententes professionnelles.

⁴⁴⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Ibid*, p. 6, §5.

⁴⁴⁸ L. VOGEL, *Ibid*, p. 15, §26.

455. La première réalisation du législateur, sous l'influence du socialisme intervient dans le domaine du droit du travail (réglementation du contrat de travail, sécurité sociale, création des comités d'entreprises...) afin de protéger les contractants les plus faibles, incapables de se défendre.

Le législateur poursuit sa lutte contre les abus des plus forts contre les plus faibles afin de les protéger en encadrant leur liberté contractuelle⁴⁴⁹ dans divers domaines dont les transports terrestres⁴⁵⁰, l'assurance⁴⁵¹, la vente des fonds de commerce⁴⁵², les baux commerciaux⁴⁵³. Pour ce faire, il modifie les dispositions régissant les droits des actionnaires et des obligataires pour les sociétés par actions⁴⁵⁴ et il adopte des dispositions législatives protégeant et favorisant, les petits industriels, commerçants et artisans (mesures de grâce pour les débiteurs, modification de la législation fiscale...)⁴⁵⁵. Ces dispositions législatives heurtent quelque peu le principe de l'égalité devant la loi.

456. Le législateur joue alors un rôle d'arbitre entre les plus faibles et les plus forts afin de rééquilibrer leur rapport de force et permettre le respect de leur liberté (liberté contractuelle, liberté de la concurrence...).

Dès lors, le Droit français est marqué par une volonté affichée de protection accrue des plus faibles aux plus forts (protection des consommateurs, des petits épargnants et protection des petits commerçants, industriels et artisans...).

457. Ainsi, afin de lutter et limiter les abus, le législateur a encadré la liberté (liberté contractuelle, liberté de la concurrence) des plus forts afin de protéger la liberté et la

⁴⁴⁹ Réglementation législative des contrats d'adhésion.

⁴⁵⁰ Loi du 11 avril 1888 portant modification des articles 105 et 108 du Code de commerce, *JORF*, 13 avril 1888, n° 101, p. 1565 ; Loi du 17 mars 1905 sur la responsabilité du transporteur (dite loi RABIER), *JORF*, 29 mars 1905, p. 2009.

⁴⁵¹ Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance (dite loi GODART), *JORF*, 18 juillet 1930, p. 8003.

⁴⁵² Loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce, *JORF*, 30 juin 1935, p. 6914.

⁴⁵³ Décret n° 53-960 du 30 septembre 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, *JORF*, 1^{er} octobre 1953, p. 8618.

⁴⁵⁴ L. VOGEL, *Ibid*, p. 15, §26.

⁴⁵⁵ L. VOGEL, *Ibid*, p. 15, §26.

volonté des plus faibles. Mais cette réponse du législateur n'est pas suffisante pour faire face à l'explosion des contrats déséquilibrés qui gangrène tel un cancer toutes les branches du Droit. Ces abus prennent des proportions toujours plus importantes sur les marchés. Les dispositions législatives déjà prises constituent un premier pas mais un premier pas bien insuffisant car ces dispositions sont dans l'incapacité de connaître tous les abus commis dont ceux commis sur les marchés. Ils sont incapables de protéger pleinement la volonté et la liberté des plus faibles.

458. Dès lors, le législateur est alors à la recherche d'un outil juridique efficace afin de traiter tous les abus commis. La solution a été fortement inspirée des législations étrangères.

2. UNE INFLUENCE DÉCISIVE DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

459. Le contexte politique et socio-économique ainsi que le contexte juridique ont été grandement influencés par les législations étrangères et plus précisément par les législations antitrust américaines (a), allemandes (b) et de l'Union européennes (c).

a. Le modèle Nord-Américain

460. Le droit de la concurrence Nord-Américain, et plus précisément, le droit antitrust Nord-Américain est depuis ses débuts est la source d'inspiration principale du droit français de la concurrence. D'ailleurs, le Droit français de la concurrence est souvent présenté face au Droit Nord-Américain comme ayant atteint l'adolescence alors qu'Outre-mer le droit de la concurrence aurait atteint l'âge de raison. Autrement dit, il est

plus fini. Et pour cause, l'apogée du droit antitrust Nord-Américain date de la fin du 19^{ème} siècle. En effet, c'est à cette période qu'est adopté ce qui va consister jusqu'à aujourd'hui, le socle du droit antitrust Nord-Américain de la concurrence.

461. Avant de présenter les principales lois constituant le droit antitrust Nord-Américain, il convient de revenir, succinctement, sur les différentes politiques de concurrence, afin de mieux apprécier le contexte, la raison et la portée de ces lois, ainsi que l'influence qu'elles ont exercée sur le droit français de la concurrence et donc indirectement mais indubitablement sur la lutte contre la contrainte économique.

462. Le néolibéralisme de la concurrence et du fonctionnement des marchés sur laquelle repose les autres théories qui la confirme ou l'infirme.

En effet, il repose sur l'idée fondamentale que le marché et la concurrence repose sur des mécanismes naturels qui régulent automatiquement et seuls, sans le besoin d'éléments extérieurs, la concurrence et les marchés. Dès lors, les néo-libéralistes rejettent vivement toute intervention publique sur les marchés. Selon eux, la concurrence serait donc, par nature, pure et parfaite. La concurrence serait « *une structure de marché caractérisée par le fait que les offreurs ne possèdent aucun pouvoir d'influencer individuellement sur les prix* »⁴⁵⁶. Ils ne seraient que des « *price takers* ». Par ailleurs, selon eux, la structure de marché pure et parfaite garantirait aux consommateurs le meilleur prix qu'ils puissent avoir. Il défend l'hypothèse d'une structure de marché où il y a confrontation d'une multitude d'agents rationnels où l'information circule parfaitement, où chaque entreprise supporte elle-même ses coûts et n'ayant pas de barrières à l'entrée ou à la sortir du marché.

463. C'est ainsi que le monopole apparaît comme étant une structure néfaste pour les consommateurs car il a pour conséquence d'augmenter le prix, diminuer le bien-être des

⁴⁵⁶ E. COMBE, *La politique de la concurrence*, coll. Repères, série Economie, La découverte, Paris, 2008, p. 16.

consommateurs. Dès lors, les néolibéraux voient dans le monopole « *le symbole du pouvoir de marché, qui s'exerce au détriment non seulement des consommateurs mais également de l'efficacité économique* »⁴⁵⁷. Ainsi, selon eux, plus le nombre d'entreprises est élevé, plus le pouvoir de marché et les prix sont faibles ce qui est bénéfique pour les consommateurs⁴⁵⁸.

Cette vision classique de la concurrence et du fonctionnement des marchés sera, par la suite, confirmée ou infirmée par des courants politico-économiques et qui vont proposer une nouvelle analyse des marchés et de la concurrence et donc une nouvelle théorie sur la concurrence et sur le fonctionnement des marchés sur lesquelles font se fonder l'interprétation et la mise en oeuvre de la politique de concurrence aux Etats-Unis.

464. Quatre écoles ont remis en cause le néolibéralisme en partant de l'idée fondamentale et centrale que l'entreprise trouve un intérêt et construit sa stratégie de sorte à pouvoir échapper à la concurrence pure et parfaite. En effet, les entreprises préfèrent un marché comprenant un petit nombre d'entreprises. Elles vont opérer une politique de différenciation des produits au près des consommateurs. Une fois, les consommateurs fidélisés, l'entreprise détiendra une structure proche du monopole ou de la position dominante, leur permettant ainsi, de ne plus être « *price takers* », preneurs de prix, mais « *price makers* », faiseurs de prix. Ils partent du principe donc que la concurrence est imparfaite.

465. L'école managériale ou l'école d'Harvard émerge un peu avant la Seconde Guerre mondiale et se développe durant les années 50-70. Les structuralistes remettent en cause le modèle de la concurrence pure et parfaite. Pour justifier le rejet de toute intervention publique sur le fonctionnement des marchés, les structuralistes estiment que la concurrence pure et parfaite s'autorégulere. Ils préfèrent alors parler de concurrence praticable « *workable competition* ». Pour eux, en plus de ces postulats très dogmatiques voire caricaturaux sur lesquels repose le néolibéralisme, les mécanismes naturels

⁴⁵⁷ E. COMBE, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁵⁸ E. COMBE, *Ibid*, p. 17.

autrement dit le libre jeu du marché ne permettent pas de remettre en cause la position dominante dont abusent certaines entreprises.

466. Ils mettent en perspective le conflit entre le bien-être des consommateurs et le pouvoir de marché des entreprises⁴⁵⁹. Ils portent une méfiance toute particulière aux structures. Effectivement, ils ont une vision bien pessimiste des structures. Ils soutiennent que le pouvoir de marché est nocif par nature à l'efficacité économique et doit donc être proscrit *per se*⁴⁶⁰ car conduisant très souvent sinon automatiquement à des comportements anticoncurrentiels. D'ailleurs, plusieurs membres de l'école d'Harvard⁴⁶¹ ont théorisé le rapport particulier existant entre structures et comportements sous le paradigme « *structure-comportement-performance* ». Selon eux, la structure d'une entreprise autrement dit, son pouvoir économique ses parts de marché permettront à ladite entreprise d'adopter un certain comportement sur le marché, dont découleront ses performances. Selon eux, plus sur un marché, le pouvoir est concentré, plus le nombre d'entreprises est limité, plus les profits sont importants, et les entreprises présentes sur ce marché peuvent facilement s'entendre sur le prix et sur la mise en place de barrières à l'entrée de marché. Dès lors « *la figure du monopole, qui spolie les consommateurs, devient alors celle du « mal absolu* » »⁴⁶², illustrer par le slogan « *Small is beautiful* ».

467. Par conséquent, ces interventionnistes encouragent une politique de concurrence « *disposant des moyens les plus larges et aux objectifs les plus vastes* »⁴⁶³. Ils souhaitent et donc une intervention limitée et calculée de l'Etat sur les marchés afin d'encadrer les monopoles pour d'éviter les éventuels abus dus à un pouvoir de marché trop élevé. Les structuralistes sont donc favorables à la définition d'instruments de contrôle de la concurrence et de l'établissement d'une politique de concurrence en vue de diluer le

⁴⁵⁹ E. COMBE, *Ibid*, p. 15.

⁴⁶⁰ F. SOUTY, *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, coll. Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 1995, p. 103.

⁴⁶¹ F. SOUTY, *op. cit.*, p. 104 : J. S. BAIN (*Barriers to New Competition*, Cambridge, Harv. Uni. Press, 1956) et J. M. CLARK (*Toward a Concept of Workable Competition*, Am. Econ. Rev., vol. 30, juin 1940, p. 241-256).

⁴⁶² E. COMBE, *Ibid*, p. 15.

⁴⁶³ F. SOUTY, *Ibid*, p. 107.

pouvoir de marché, limiter la concentration industrielle, et surveiller les grandes entreprises⁴⁶⁴.

468. L'école de l'offre dit également école de Chicago, critique énoncée aux structuralistes et notamment au paradigme SCP propose, au début des années 60, une vision plus optimiste du fonctionnement des marchés et notamment de la concentration de pouvoir de marché. Selon eux, la politique de concurrence devrait s'appuyer sur un paradigme associant l'efficacité économique, objectif de la politique de concurrence, et la concentration des marchés⁴⁶⁵.

469. En effet, ils revalorisent les concentrations, les pratiques d'exclusivité (franchise) ou de sélectivité qui selon eux, procèdent, naturellement c'est-à-dire, *per se*, d'une saine recherche de l'efficacité économique « *qui a pour effet de maximiser le bien-être du consommateur en augmentant leurs facultés de choix et faisant s'exercer une pression concurrentielle intermarque sur les prix* »⁴⁶⁶. Dès lors, le pouvoir de marché peu importe la structure, monopole ou concentration industrielle ne sont pas en soit mauvais ou condamnable. Il devient même vertueux⁴⁶⁷. Ils envisagent « *la concurrence comme un processus auto-entretenu et dynamique de sélection des entreprises les plus efficaces* »⁴⁶⁸. Seuls deux critères permettraient d'affirmer si un marché est concurrentiel, l'absence de barrières à l'entrée du marché et une sortie du marché sans coûts irrécupérables⁴⁶⁹.

470. Cette analyse repose sur l'idée qu'en raison de la menace permanente de nouveaux concurrents entrant sur le marché, les entreprises déjà sur place maintiendront leur prix à des niveaux proches de celui de l'équilibre concurrentiel. Par conséquent, ils concluent qu'un marché contestable peut comporter n'importe quel nombre de firme et ce même s'il s'agit d'un nombre très réduit, notamment dans « *les secteurs où l'existence*

⁴⁶⁴ E. COMBE, *Ibid*, p. 17.

⁴⁶⁵ F. SOUTY, *Ibid*, p. 110.

⁴⁶⁶ F. SOUTY, *Ibid*, p. 110.

⁴⁶⁷ E. COMBE, *Ibid*, p. 15.

⁴⁶⁸ E. COMBE, *Ibid*, p. 15.

⁴⁶⁹ E. COMBE, *Ibid*, p. 18.

d'économies d'échelles empêchent l'existence viable d'un grand nombre de concurrents »⁴⁷⁰, *a fortiori*, ils n'ont aucune appréhension ou méfiance en cas d'oligopoles, de position dominante ou même de monopole.

471. Par conséquent, les membres de l'école de Chicago, adoptant une position très libérale, s'opposent à une intervention publique sur les marchés et œuvrent pour un désengagement de l'Etat, à l'exception de l'interdiction *per se* des cartels de prix plaidant ainsi pour un assouplissement de la politique de concurrence antitrust. L'école de Chicago est donc favorable à une intervention limitée de l'Etat pour évaluer la concentration, la position dominante et les gains d'efficacité qui peuvent en résulter⁴⁷¹.

472. L'école évolutionniste ou industrialiste émerge à la suite des difficultés rencontrées par l'économie américaine dans les années 80 et selon qui la politique de concurrence antitrust Nord-Américaine a échoué en raison de l'inégalité de traitement des entreprises américaines et étrangères. Selon eux, « *des entreprises concurrentes des firmes des Etats-Unis ne sont pas confortées sur leurs marchés nationaux aux mêmes règles* »⁴⁷² que les entreprises américaines.

CHALMERS JOHNSON⁴⁷³ souligne que : « *c'est précisément sa dimension trop purement nationale et son effet non international qui peuvent réduire la concurrence et la compétitivité des entreprises en encourageant des exigences de protectionnisme douanier et donc d'inefficacité* »⁴⁷⁴. Par conséquent, les industrialistes rejettent la politique de concurrence telle qu'elle pratiquée aux Etats-Unis, et une démarche trop dogmatique, afin de proposer, une approche plus pragmatique de l'étude des marchés⁴⁷⁵ en prenant comme exemple les systèmes d'organisation industrielle japonais⁴⁷⁶, européen et notamment l'ordo libéralisme appliquée en Allemagne.

⁴⁷⁰ F. SOUTY, *Ibid*, p. 112.

⁴⁷¹ E. COMBE, *Ibid*, p. 19.

⁴⁷² F. SOUTY, *Ibid*, p. 114.

⁴⁷³ F. SOUTY, *Ibid*, p. 115 : C. Johnson, *The Industrial Policy Debate*, Boston, 1984, p. 238.

⁴⁷⁴ F. SOUTY, *Ibid*, p. 115.

⁴⁷⁵ F. SOUTY, *Ibid*, p. 113.

⁴⁷⁶ F. SOUTY, *Ibid*, p. 114.

473. Ils proposent que soit homogénéisé sur le plan mondial la poursuite des comportements anticoncurrentiels. Certains vont même jusqu'à plaider pour une intervention de l'Etat avec planification et réglementation directe⁴⁷⁷.

Ils sont réticents à toute intervention publique sur le fonctionnement des marchés, à moins que, les règles antitrust soient les mêmes au niveau mondial.

474. L'école de la destruction créatrice dont les membres sont appelés nihilistes, rejettent en bloc la théorie néoclassique de la concurrence pure et parfaite, « *que ce soit dans ses modalités de concurrence praticable ou contestable* »⁴⁷⁸.

Ils rejettent l'idée que la concentration du pouvoir économique soit dangereuse et ce même à taux élevé⁴⁷⁹. Par ailleurs, selon eux, et contrairement à l'école de Chicago, seul le monopole public est source d'abus de monopole⁴⁸⁰.

Par ailleurs, ils considèrent que la protection de la concurrence « *n'est pas bénéfique en toutes choses et ne doit pas être promue à l'excès. Procéder ainsi peut entraîner la destruction de l'activité coopérative du marché, qui est aussi importante pour l'usage efficient des ressources que l'est la concurrence* »⁴⁸¹. Ainsi, ces ultra-libéraux s'opposent à la définition d'instruments du contrôle de la concurrence et de la politique de la concurrence. Par conséquent, ils rejettent donc toute intervention de l'Etat en matière économique.

Il était nécessaire de revenir sur les différentes théories de l'organisation industrielle et du fonctionnement des marchés qui le socle de la politique de concurrence aux Etats-Unis. Il était donc important de préciser, en amont, le contenu de chacune d'entre elles afin de mieux cerner le contexte dans lequel le droit antitrust Nord-Américain a émergé et a déterminé ses sources d'influence.

⁴⁷⁷ F. SOUTY, *Ibid*, p. 117 : L. THURLOW, *The Zero Sum Society*, Basic Books, New York, 1980.

⁴⁷⁸ F. SOUTY, *Ibid*, p. 119.

⁴⁷⁹ F. SOUTY, *Ibid*, p. 122.

⁴⁸⁰ F. SOUTY, *Ibid*, p. 123.

⁴⁸¹ F. SOUTY, *Ibid*, p. 123 : R. H. FINK, *General and Partial Equilibrium in Bork's Antitrust Analysis*, Contemporary Policy Issues, California State University, 1985.

475. Le droit antitrust Nord-Américain repose sur trois lois majeures qui connaissent et traitent de certaines situations de contrainte économique.

Le *Sherman Act* voté et adopté le 2 juillet 1890, de manière quasi-unanime, est le premier dispositif législatif antitrust adopté par les États-Unis qui a valeur législative. Elle contient à la fois des dispositions pénales et civiles et les peines encourues sont particulièrement lourdes : les particuliers, auteurs, de l'une de ces infractions encourt jusqu'à trois ans de prison et 350 000 \$ d'amende (soit environ 279 000 €) ou deux fois le montant des gains illicites perçus grâce à l'infraction ou deux fois le montant de la perte financière de la victime, ou de l'une des deux peines, le choix appartenant au juge.

Les entreprises auteurs encourrent une amende allant jusqu'à 10 000 000 \$ (soit environ 7 973 381 €) ou le double des gains gagnés par l'infraction, ou, le double des pertes financières de la victime.

476. Les infractions sont sanctionnées à travers deux sections, deux articles. Le premier concerne les ententes⁴⁸², le second concerne les monopoles et les tentatives de monopolisation. Il dispose que : « *toute personne qui monopolise, tenter de monopoliser, ou participer à une association ou à une entente avec une ou plusieurs personnes, en vue*

⁴⁸² Section 1 du Sherman Act, 2 juillet 1890, Acts of the 51st United States Congress, ch. 647, 26 Stat. p. 209, U.S.C., title 15 Commerce And Trade, ch. 1 Front-Matter, §1-7, Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives, United States Code <<http://uscode.house.gov/browse.xhtml>> : « *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court* ». Autrement dit, « *Tout contrat, toute association sous forme de trust ou autre ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents Etats de l'Union ou avec des pays étrangers sont déclarés illégaux. Toute personne qui conclura un contrat ou qui s'engagera dans un accord ou une entente considérés par le présent article comme étant illégal se rendra coupable d'un crime, et, sur condamnation, sera punie d'une amende d'un montant maximum de 10 000 000 \$ s'il s'agit d'une personne morale, ou d'un montant maximum de 350 000 \$ s'il s'agit d'une personne physique ou d'une peine d'emprisonnement ne pouvant pas excéder trois ans, ou par les deux peines cumulativement, et ce, à la discrétion de la cour* ».

*de monopoliser une partie des échanges ou du commerce entre les différents Etats de l'Union, ou avec les pays étrangers, est considérée comme coupable d'un délit... »*⁴⁸³.

Ces infractions, *per se*, sont exprimées dans des termes généraux laissant aux juges le soin d'en déterminer la portée.

477. Par conséquent, la jurisprudence américaine s'est attelée à préciser ces régimes. La notion de monopolisation a été définie, par la jurisprudence américaine en 1911 dans un célèbre arrêt *STANDARD OIL v/ UNITED STATES*⁴⁸⁴ comme étant « *une pratique ou un ensemble de pratiques qui occasionnent une limitation illicite, ou déraisonnable, des conditions de la concurrence, sur un marché déterminé* »⁴⁸⁵.

478. Il faut rappeler que le *Sherman Act* incrimine aussi bien les monopolisations que les tentatives de monopolisations individuelles et collectives. La poursuite de monopolisations ou tentatives de monopolisations est assurée soit par la section 1 relative aux ententes c'est-à-dire sous le coup du contrôle des comportements, soit via la section 2 relative aux monopolisations, c'est-à-dire sous le coup du contrôle des structures⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Section 2 du Sherman Act, 2 juillet 1890, Acts of the 51st United States Congress, ch. 647, 26 Stat. p. 209, U.S.C., title 15 Commerce And Trade, ch. 1 Front-Matter, §1-7, Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives, United States Code <<http://uscode.house.gov/browse.xhtml>> : « *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court* ». Autrement dit, « *Toute personne qui monopolisera ou tentera de monopoliser, ou qui s'engagera dans un accord ou qui passera une entente avec une autre personne ou groupe de personnes, afin de monopoliser, tout ou partie des échanges ou du commerce entre les différents Etats de l'Union ou avec des pays étrangers se rendra coupable d'un crime, et, sur condamnation, sera punie d'une amende d'un montant maximum de 10 000 000 \$ s'il s'agit d'une personne morale, ou, s'il s'agit d'une personne physique, d'un montant maximum de 350 000 \$, ou par une peine d'emprisonnement n'excédant pas trois ans, ou par les deux peines cumulativement, et ce, à la discretion de la cour* ».

⁴⁸⁴ Cour suprême des Etats-Unis, 15 mai 1911, *Standard Oil Co. of New Jersey v/ United States*, 221 U.S. 1, *Justitia US Supreme Court* <<https://supreme.justia.com>>.

⁴⁸⁵ Cour suprême des Etats-Unis, 15 mai 1911, *Standard Oil Co. of New Jersey v/ United States*, 221 U.S. 1, *Justitia US Supreme Court* <<https://supreme.justia.com>>.

⁴⁸⁶ F. SOUTY, *Ibid*, p. 32.

479. Pour le Droit américain, les monopoles sont suspects. Les américains partent de l'idée qu'une entreprise détenant une position dominante ou monopole va en abuser nécessairement⁴⁸⁷. De prime abord, à la lecture de la section 2, il semblerait qu'ils soient sanctionnés *per se*. Toutefois, il résulte de la pratique que les juges sanctionnent davantage l'abus commis par une entreprise en position de monopole que la simple détention d'un monopole. Ainsi, c'est le comportement abusif de l'entreprise qui est davantage sanctionner que la structure même de l'entreprise.

480. Le *Sherman Act* définit les objectifs de la politique de concurrence⁴⁸⁸ et offre à l'antitrust un statut de loi fédérale⁴⁸⁹, le juge Black de la Cour suprême déclare à ce titre que : « *le Sherman Act a été conçu comme une charte détaillée de la liberté économique, visant à préserver une concurrence. Il repose sur le principe fondamental que l'interaction non contenue des forces concurrentielles permettra d'atteindre la meilleure distribution de nos ressources économiques, les prix les plus bas, le plus haut niveau de qualité et le plus grand progrès matériel, tout en créant un environnement assurant la protection de nos institutions démocratiques, politiques, et sociales* »⁴⁹⁰. C'est la loi fondatrice du droit de la concurrence en Droit Nord-Américain.

481. Les premières applications du *Sherman Act* tardent. Ce n'est qu'après les crises financières de 1902 et 1907-1908 que les grands trusts américains vont être concernés.

Effectivement, les célèbres arrêts *AMERICAN TOBACCO* et *STANDARD OIL COMPANY* ont conduit à la condamnation de ces structures de monopole pour abus de position dominante⁴⁹¹ au cours de la période 1900-1914.

⁴⁸⁷ M. VASSEUR, *Droit des affaires*, Les Cours de droit, Paris, 1982, t. II, Fasc. III : Droit de la concurrence, Droit de la distribution, Droit de la consommation, p. 214.

⁴⁸⁸ F. SOUTY, *Ibid*, p. 8.

⁴⁸⁹ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, « Rapport - Les politiques de la concurrence », in *Politiques de la concurrence*, La documentation française, Paris, 2006, p. 22.

⁴⁹⁰ Cour suprême des Etats-Unis, 10 mars 1958, Northern Pacific Railway. Co. v/ United States, 356 U.S. 1, *Justitia US Supreme Court* <<https://supreme.justia.com>>.

⁴⁹¹ Puis, les années 1960-1970 marquent l'ouverture d'enquêtes à l'encontre d'entreprises comme Rank Xerox, IBM, ATT. Enfin, dans les années 1990, l'application du *Sherman Act* aboutit notamment aux deux procédures judiciaires concernant Microsoft ainsi qu'à d'autres poursuites et procès concernant plusieurs cartels internationaux tel que le cartel de vitamine en 1999.

482. Le *Clayton Act* est la seconde loi formant le dispositif législatif antitrust Nord-Américain adopté le 26 septembre 1914, il vise à compléter le *Sherman Act*.

Il vient délimiter précisément ce qui relève du légal en manière antitrust et ce qui est illégal. Il sanctionne les pratiques discriminatoires en matière de prix, les contrats d'exclusivité, les fusions et les concentrations susceptibles de restreindre la concurrence⁴⁹². En effet, les grands apports du *Clayton Act* consistent à la mise en œuvre d'un nouveau principe d'indemnisation (triplement des dommages subis) et au contrôle des concentrations (c'est le premier instrument juridique de contrôle de la concentration industrielle), et ce notamment à l'interdiction *per se* de pratiques déloyales de concurrence réalisées afin d'obtenir des avantages déloyaux et donc de protéger les petits contre les grands.

483. Il a été amendé à plusieurs reprises, notamment par le fameux *Robinson-Patman Act* en 1936 (section 2 relative aux pratiques déloyales de concurrence), puis en 1950 par le *Celler-Kefauver Amendment*, lui-même modifié en 1976 par le *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*.

Le *Robinson-Patman Act* a pour « *principal objectif de lutter contre les pratiques discriminatoires des plus grandes entreprises à l'égard des clients de plus petite taille* »⁴⁹³. En effet, il répondrait à deux objectifs, d'une part d'« *empêcher les producteurs d'obtenir des avantages déloyaux vis-à-vis de leur concurrents en discriminant parmi leurs distributeurs* »⁴⁹⁴ et d'autre part de « *prévenir l'emploi d'un important pouvoir économique d'acheteurs peu scrupuleux qui leur permettrait d'obtenir des prix discriminatoires de leurs fournisseurs au désavantage des distributeurs moins puissants* »⁴⁹⁵.

⁴⁹² J. AZEMA, *Le Droit français de la concurrence*, coll. Thémis, P.U.F., Paris, 1981, p. 280, §432.

⁴⁹³ F. SOUTY, *Ibid*, p. 34.

⁴⁹⁴ F. SOUTY, *Ibid*, p. 35.

⁴⁹⁵ F. SOUTY, *Ibid*, p. 35.

Le *Clayton Act* est vu comme un mal nécessaire⁴⁹⁶. En effet, certains ont même affirmé que « *s'il n'y avait pas un Robinson-Patman Act, il serait nécessaire d'en inventer un* »⁴⁹⁷.

484. Le *Federal Trade Commission Act* constitue le dernier élément du socle législatif formant le droit antitrust Nord-Américain.

Il est adopté en 1914, c'est une agence fédérale, autorité administrative indépendante de l'exécutif, dont le but initial est de surveiller le jeu de la concurrence et de préserver le libre-échange entre les Etats.

Son champ d'action a été, très largement, revu à la hausse : délimiter les pratiques anticoncurrentielles ; être en charge des enquêtes pour la violation des articles 2, 3, 7, et 8 du *Clayton Act*, elle possède un pouvoir d'intervention de sa propre initiative ; elle détient un pouvoir d'injonction pour certaines pratiques illégales sanctionnées par des amendes d'astreinte de 10 000 \$ par jour afin de contraindre les auteurs à cesser ces pratiques ; elle est responsable « *de poursuivre par une voie administrative à caractère pénal toutes les pratiques qui visent à atteindre directement un compétiteur ou qui sont caractérisée par « la mauvaise foi, une fraude ou un oppression* » »⁴⁹⁸ ; et enfin, elle s'est vue attribuer d'importants pouvoirs dépassant son champ d'action initiale.

En effet, de principe, la FTC ne peut agir que pour l'intérêt public n'ayant pas le droit d'agir dans l'intérêt des particuliers, victimes de pratiques excessives⁴⁹⁹.

Toutefois, la FTC endosse une mission de protection des consommateurs en matière de concurrence déloyale⁵⁰⁰. Elle connaît depuis 1938 des actions déloyales des professionnels à l'égard des individus.

⁴⁹⁶ F. SOUTY, *Ibid*, p. 34.

⁴⁹⁷ F. SOUTY, *Ibid*, p. 34 et s. : E. W. KINTNER, *An Antitrust Primer*, Macmillan, New York, 1980, p. 61.

⁴⁹⁸ F. SOUTY, *Ibid*, p. 37.

⁴⁹⁹ F. SOUTY, *Ibid*, p. 37 et s.

⁵⁰⁰ F. SOUTY, *Ibid*, p. 38 et s.

Le droit français de la concurrence s'est également inspiré du modèle allemand dans sa lutte contre la contrainte économique.

b. Le modèle Allemand

485. Après l'unification allemande de 1871, en matière économique, la législation prussienne, alors appliquée à l'ensemble du territoire, s'inscrit dans une lignée libérale selon laquelle « *les relations contractuelles entre les acteurs économiques privés ne doivent souffrir d'aucune intervention publique* »⁵⁰¹. Elle est donc très suspicieuse à toute intervention de l'Etat dans l'organisation industrielle et dans le fonctionnement des marchés.

486. Les cartels sont alors « *un mode habituel d'organisation et de coordination des activités économiques en Allemagne* »⁵⁰². Ils bénéficient d'un fort soutien, légal, par une décision de la Cour suprême allemande en 1907, et d'un soutien politique, sous le régime nazi, qui a renforcé la cartellisation jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, malgré une tentative de lutter contre le pouvoir des cartels en 1923⁵⁰³.

487. Le changement d'économie politique intervient au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Ce changement a été vivement motivé par deux facteurs : un facteur intellectuel et un facteur politique.

⁵⁰¹ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 36.

⁵⁰² D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 36.

⁵⁰³ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 36.

488. Le facteur intellectuel consiste en l'émergence et l'affirmation d'une nouvelle doctrine, celle de l'école ordo-libérale (*ordnung politik*). On parle également de l'économie sociale de marché.

489. Pour les allemands, la liberté serait assurée uniquement en cas de concurrence effective. Selon eux, la concurrence effective est la structure de marché comprise entre la concurrence pure et parfaite et le monopole qui aboutit à des abus des puissants contre les faibles entravant la liberté de comportement et de choix économique de ces agents économiques.

C'est alors que la concurrence effective apparaît, pour les Allemands, comme étant la garante de la liberté économique des agents. Elle préserve ces agents des abus de pouvoir des entreprises dominantes.

Ainsi, pour l'économie sociale de marché, la main invisible de SMITH n'est pas suffisante et satisfaisante, « *le marché est une construction subtile, une manifestation de l'habileté humaine auquel il faut des règles et un arbitre* »⁵⁰⁴ qui se matérialise par l'intervention publique.

490. Selon eux, libérer les marchés ne suffirait pas, il faut également encadrer cette liberté grâce à des règles. Dès lors, l'intervention de l'Etat en matière économique est le garant du libre fonctionnement des marchés, empêchant que le marché ne prenne la structure du monopole et protégeant la liberté de comportement et de choix économique des agents économiques. L'Etat doit empêcher que la concurrence ne soit entravée par le comportement des agents économiques dominants, publics ou privés⁵⁰⁵.

Ainsi, selon les ordo-libéraux, l'Etat, est également « *le garant de la liberté individuelle dans la sphère économique* »⁵⁰⁶. L'intervention publique serait alors pour l'ordo-libéralisme essentielle à « *l'épanouissement des vertus conjuguées qu'elle attribue à la propriété privée, la liberté d'entreprendre et le fonctionnement libre du marché. La*

⁵⁰⁴ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 37.

⁵⁰⁵ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 37.

⁵⁰⁶ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 37.

liberté doit avoir valeur constitutionnelle non seulement dans la sphère politique mais aussi dans la sphère économique »⁵⁰⁷.

491. Le facteur politique, ayant permis le changement de l'économie politique, consiste en la pression des alliés après la fin de la Seconde Guerre mondiale et notamment celle des Etats-Unis qui œuvrent pour le rétablissement de la démocratie politique en Allemagne et pour la décartellisation et déconcentration des structures de marché⁵⁰⁸.

492. Ce changement aboutit le 27 juillet 1957 à l'adoption de la loi *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* dite GWB relative aux restrictions de concurrence entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1958. Elle prohibe et sanctionne les cartels et les abus potentiels des entreprises ayant une position dominante sur le marché.

493. Ainsi, les autorités allemandes doivent opérer un contrôle des comportements autrement dit, contrôler les abus de position dominante, lorsque la position dominante est acquise par croissance interne. Elles doivent opérer un contrôle des concentrations autrement dit, contrôler l'émergence d'une position dominante quand elle est précédée d'une croissance externe⁵⁰⁹. Les abus sanctionnés sont : les abus d'exploitation commerciale et les abus de comportement stratégique.

494. Trois institutions mettent en œuvre la politique de concurrence en Allemagne⁵¹⁰. Le *Bundeskartellamt* autrement dit l'Office fédéral des cartels qui est l'autorité administrative chargée d'appliquer la loi GWB relative aux restrictions de concurrence. La *Monopolkommission* qui est la Commission des monopoles dont le but est, selon l'article 44 de la loi GWB, de « *publier tous les deux ans un rapport d'expertise concernant l'état actuel et l'évolution probable de la concentration des entreprises et*

⁵⁰⁷ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 37.

⁵⁰⁸ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 37.

⁵⁰⁹ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 38.

⁵¹⁰ Sur l'ensemble de la question v. : D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 38 et s.

l'application des dispositions en matière de contrôle des concentrations ainsi que d'autres questions d'actualité relevant de la politique de concurrence ». Enfin, les autorités suprêmes des *Länder* traitent de la dimension régionale des cas de cartels.

495. En plus des modèles américain et allemand, le Droit français a été influencé par le modèle de l'union européenne quant à la réception de la notion de contrainte économique au titre de l'abus de position dominante.

c. Le modèle de l'Union européenne

496. Le droit européen a influencé grandement le Droit français de la concurrence notamment pour le contrôle des abus réalisés par des entreprises détenant une position dominante sur le marché⁵¹¹, de sorte que le Droit français de la concurrence est très proche du droit européen⁵¹².

497. Le droit européen de la concurrence s'est largement inspiré et nourri de l'évolution du droit antitrust Nord-Américain et du droit allemand de la concurrence pour sa propre construction⁵¹³.

En effet, la réglementation actuelle du droit européen de la concurrence est très proche du modèle Nord-Américain⁵¹⁴. En effet, il s'agissait de doter l'Europe de nouvelles

⁵¹¹ D. BAULD, *Droit et politique de la concurrence*, Economica, Paris, 1997, p. 256 ; M. DE JUGLART, B. IPPOLITO, E. DU PONTAVICE, J. DUPICHOT, *Traité de Droit commercial*, 4^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1988, t. 1 : Théorie générale du Droit des affaires, p. 672, §179-1 : et notamment pour les réformes de 1977 et 1986.

⁵¹² M. DE JUGLART, B. IPPOLITO, E. DU PONTAVICE, J. DUPICHOT, *op. cit.*, p. 672, §179-1.

⁵¹³ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 19.

⁵¹⁴ L. VOGEL, *Traité de Droit commercial*, 18^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2001, t. 1, v. 1 : Commerçants, tribunaux de commerce, fonds de commerce, propriété industrielle, concurrence, p. 19.

structures commerciales ayant déjà fait leur preuve aux Etats-Unis⁵¹⁵ dont la pratique, très pragmatique, du droit des monopoles a su séduire les Européens⁵¹⁶. En effet, le droit européen s'est construit suivant l'exemple Américain, jusqu'à reprendre presque mot à mot les sections principales du *Sherman Act* lors de la rédaction du Traité de Rome⁵¹⁷.

Par ailleurs, le droit européen de la concurrence porte encore aujourd'hui la marque de l'influence du modèle allemand. Effectivement, cette influence s'illustre par la place privilégiée qu'a accordé pendant très longtemps le droit européen de la concurrence à la notion de dominance économique, notion d'origine allemande⁵¹⁸.

498. Le droit antitrust Nord-Américain et le droit allemand de la concurrence ont exercé une influence sur l'émergence et le développement du droit européen tout au long de son évolution. Il convient donc d'étudier la portée de cette influence en retracer l'évolution du droit européen de la concurrence à travers les différents traités.

499. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) dit Traité de Paris est signé le 18 avril 1951 et entre en vigueur le 23 juillet 1952⁵¹⁹. Il est le premier acte international positif à connaître et à réglementer ce domaine⁵²⁰ : il pose les prémisses du droit européen de la concurrence⁵²¹. D'ailleurs, Jean MONNET qualifie le Traité instituant la CECA de « *première loi antitrust européenne* »⁵²².

⁵¹⁵ E. GOULON, *La concurrence en Droit communautaire et en Droit Français : étude comparée*, E. Goulon éditeur, Paris, 1982, p. 3.

⁵¹⁶ E. GOULON, *op. cit.*, p. 122.

⁵¹⁷ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 135.

⁵¹⁸ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 38.

⁵¹⁹ Traité du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (dit traité de Paris), *Service de documentation de la Cour de Justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 1950-1951, vol. 2, IV, p. 1005.

⁵²⁰ E. GOULON, *Ibid*, p. 3.

⁵²¹ E. COMBE, *La politique de la concurrence*, coll. Repères, série Economie, La découverte, Paris, 2008, p. 7.

⁵²² E. COMBE, *Ibid*, p. 7.

500. En effet, alors que l'article 65 du Traité⁵²³ prohibe et sanctionne les ententes entre les entreprises ayant pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, la théorie de la position dominante fait l'objet de l'article 66 §VII du Traite CECA⁵²⁴.

Cet article ne vise pas l'abus de position dominante mais « simplement » la position dominante. Est sanctionnée alors l'entreprise qui utilise sa position dominante « à des fins contraire aux objectifs du présent traité ». Il existe une méfiance à l'égard des grandes structures. Certains vont même jusqu'à affirmer que la prohibition et la sanction de la position dominante au sens de l'article 66 §VII du Traité « *apparaît nettement comme un complément du contrôle des concentrations* »⁵²⁵.

L'influence et la marque du droit antitrust Nord-Américain, sanctionnant, en théorie, les « simples » situations de monopoles ou tentatives de monopoles se discerne ici facilement.

⁵²³ Art. 65, §I du traité du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (dit traité de Paris), *Service de documentation de la Cour de Justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 1950-1951, vol. 2, IV, p. 1005. : « *Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui tendraient, sur le marché commun, directement ou indirectement, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence, et en particulier : a) à fixer ou à déterminer les prix ; b) à restreindre ou à contrôler la production, le développement technique ou les investissements ; c) à répartir les marchés, produits, clients ou sources d'approvisionnement [...]* ».

⁵²⁴ Art. 66, §VII du traité du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (dit traité de Paris), *Service de documentation de la Cour de Justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 1950-1951, vol. 2, IV, p. 1005 : « *Si la Haute Autorité reconnaît que des entreprises publiques ou privées qui, en droit ou en fait, ont ou acquièrent, sur le marché d'un des produits relevant de sa juridiction, une position dominante qui les soustrait à une concurrence effective dans une partie importante du marché commun, utilisent cette position à des fins contraires aux objectifs du présent traité, elle leur adresse toutes recommandations propres à obtenir que cette position ne soit pas utilisée à ces fins. À défaut d'exécution satisfaisante desdites recommandations dans un délai raisonnable, la Haute Autorité, par décisions prises en consultation avec le gouvernement intéressé, et sous les sanctions prévues respectivement aux articles 58, 59 et 64, fixe les prix et conditions de vente à appliquer par l'entreprise en cause, ou établit des programmes de fabrication ou des programmes de livraison à exécuter par elle* ».

⁵²⁵ M. VASSEUR, *Droit des affaires*, Les Cours de droit, Paris, 1982, t. II, Fasc. III : Droit de la concurrence, Droit de la distribution, Droit de la consommation, p. 220.

501. La théorie de la position dominante s'est développée par la suite au sein du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (CEE) dit Traité de Rome (ou Traité CE) signé le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 14 janvier 1958⁵²⁶.

Le droit antitrust communautaire et notamment la théorie de la position dominante se sont développés considérablement au sein de ce traité dont l'article 85 connaît des ententes entre entreprises et l'article 86 traite des abus de position dominante.

L'alinéa 1^{er} de l'article 86 du Traité CE énonce qu'« *est incompatible avec le marché commun 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 sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* »⁵²⁷.

L'alinéa 2nd du même article⁵²⁸ donne, à titre indicatif, un certain nombre d'exemples d'abus de position dominante. Il s'agit d'une liste non-exhaustive. Face au silence du législateur, la jurisprudence est également intervenue pour préciser en quoi consistait l'abus de position dominante et comment il fallait le caractériser.

502. Contrairement à la loi antitrust Nord-Américaine, le Traité CE prohibe et sanctionne uniquement les abus de position dominante dès lors qu'elle le commerce entre états-membres est suspectée d'être affecté. Les seules positions dominantes ne sont pas concernées, elles sont donc licites et légales. Par conséquent, il est licite pour une entreprise ou un groupe d'entreprise d'occuper sur le marché commun une position

⁵²⁶ Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (dit traité de Rome), EUR-Lex <<http://eur-lex.europa.eu>>.

⁵²⁷ Art. 86, al. 1^{er} du TCE : « *Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».

⁵²⁸ Art. 86, al. 2nd du TCE : « *Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : a. imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ; b. limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; c. appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; d. 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* ».

dominante (l'acquisition de celle-ci par croissance interne ou externe) ou un monopole. Seule l'exploitation abusive de cette situation est prohibée.

503. Contrairement au droit antitrust Nord-Américain qui sanctionne les monopoles et les simples tentatives de monopoles en dehors de toute exploitation abusive, le droit européen se démarque d'une part, en ne sanctionnant que l'exploitation abusive d'une position dominante et non pas la « seule » position dominante et d'autre part, en rejetant catégoriquement la prohibition de la « simple » tentative de l'abus de position dominante.

Le législateur communautaire a alors introduit une notion d'intention car il estimait que « *la position dominante peut s'établir fortuitement, sans volonté monopolistique* »⁵²⁹. Et ce, même si aux Etats-Unis, en pratique, les juges sanctionnent majoritairement les abus de monopoles, mais en théorie, l'esprit et la lettre du *Sherman Act* et *Clayton Act* visent également les « simples » situations de monopoles.

Dès lors, le droit européen semble s'affranchir peu à peu de l'influence maternelle du droit antitrust Nord-Américain.

⁵²⁹ X. DE ROUX, D. VOILLEMOT, *Le Droit de la concurrence de la C.E.E.*, 4^{ème} éd., coll. Juridictionnaires Joly, Gide, Loyrette, Nouel, Paris, 1982, p. 126, §54.

504. Aujourd'hui, au niveau communautaire, l'abus de position est sanctionné au titre de l'article 102⁵³⁰ du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)⁵³¹ (anciennement l'article 82 du TCE⁵³²).

Par conséquent, depuis 1957, il n'y a eu aucun changement entre l'ancienne version et la nouvelle version, la disposition relative à l'abus de position dominante est inchangée.

En d'autres termes, depuis le Traité de Rome, la prise en compte de l'abus de position dominante est restée la même au sein du droit européen de la concurrence.

505. L'évolution du traitement de l'abus de position dominante, et plus précisément le traitement de la contrainte économique à travers l'abus de position dominante, s'est faite en deux étapes majeures.

La première étape consiste en l'interdiction et la sanction de la position dominante uniquement. La solution retenue par le droit européen est très proche du modèle antitrust Nord-Américain qui exerce alors une influence quasi-maternelle sur le droit européen de la concurrence. Cette position dénote évidemment une méfiance évidente et affichée à l'égard des grandes structures.

La seconde étape constitue une évolution majeure : le législateur communautaire décide, à juste titre, de ne sanctionner que l'exploitation abusive d'une position dominante et non

⁵³⁰ L'art. 102 du traité du 13 décembre 2007 sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée par le traité de Lisbonne), *JOUE*, 26 octobre 2012, n° C 326/01, p. 47 stipule que : « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à: a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, d) 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* ».

⁵³¹ Traité du 13 décembre 2007 sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée par le traité de Lisbonne), *JOUE*, 26 octobre 2012, n° C 326/01, p. 47.

⁵³² Le traité CE a été modifié en 2001 par le traité de Nice. L'ancien art. 86 devient l'art. 82 du TCE. Ce changement porte uniquement sur la forme et non sur le fond : le contenu de l'art. reste inchangé. Par la suite, l'art. 82 TCE est modifié par le traité de Lisbonne adopté le 13 décembre 2007 et entre en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

plus la « simple » position dominante. Cette position adoptée par le législateur est bien plus proche du modèle Allemand.

506. Le droit européen s'éloigne d'autant plus du modèle antitrust Nord-Américain. Il affiche consciemment ce détachement ombilical en introduisant une notion d'intention, affirmant son éloignement et son refus d'incriminer les « simples » tentatives comme c'est le cas Outre-Atlantique.

Au vu de cette évolution, il semblerait que le droit européen de la concurrence oscille entre le modèle Nord-Américain et le modèle Allemand. Initialement, il s'est, fortement, inspiré du modèle Nord-Américain qu'il a pris en exemple, puis au fur et à mesure de son évolution, il s'est peu à peu détaché de cette figure maternelle, pour se rapprocher davantage du modèle Allemand afin d'affirmer sa propre identité sur la question du traitement de l'abus de position dominante.

507. Aujourd'hui, bien que très influencé encore par le modèle Nord-Américain, le droit européen de la concurrence, affirme davantage son « ADN juridique ». Aujourd'hui, il se situe entre ces deux modèles, tout en affichant une identité qui lui propre.

508. Depuis les années 50, poussés par la tendance venue d'Outre-Atlantique, les Etats ont renforcé leur réglementation dans le domaine⁵³³.

En effet, toute l'Europe est concernée : l'Allemagne par la loi GWB du 27 juillet 1957 ; le Danemark en 1955 ; la Grande-Bretagne avec une loi de 1948 et de 1956 (*Restrictive Trade Practices Act* abrogé et remplacé par des lois de 1976, 1977 et de 1980) ; les Pays-Bas avec une loi sur la concurrence économique de 1956 ; la Norvège et la Suède avec la loi de 1953. Et enfin, la France en a fait de même.

C'est ainsi qu'il faut d'étudier l'évolution de la notion de contrainte économique au titre de l'abus de position dominante au sein de la législation antitrust française.

⁵³³ E. GOULON, *Ibid*, p. 5.

B. UNE RECONNAISSANCE DIFFICILE DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

509. C'est inspiré par les législations antitrust et les évolutions des politiques de concurrence étrangères, Américaines et Allemandes, et dans un contexte d'harmonisation avec le droit communautaire que le législateur français décide au milieu du XXème siècle de reconnaître un régime sanctionnant l'abus de position dominante ; du moins et plus précisément, dans un premier temps, la « simple » position dominante. En effet, la reconnaissance de l'abus de position dominante s'est faite progressivement en Droit français.

510. En effet, elle a connu deux évolutions majeures. La première consiste en la reconnaissance simple de la position dominante et la seconde en la reconnaissance de l'abus de position dominante. Il convient de revenir sur chaque de ces deux évolutions majeures afin de bien appréhender l'évolution de la notion de la contrainte économique au titre du droit de la concurrence.

511. L'article 419 du Code pénal de 1810⁵³⁴ réformé par la loi du 3 décembre 1926 modifiant les articles 419, 420 et 421 du Code pénal⁵³⁵ est la première disposition législative antitrust française. Elle interdit « *les coalitions tendant à fausser le jeu normal*

⁵³⁴ Art. 419 du C. pén. (de 1810) : « *Tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des suoffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne la pas vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui par des voies ou moyens frauduleux quelconques auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs. Les coupables pourront de plus être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus.*

⁵³⁵ Loi du 3 décembre 1926 modifiant les articles 419, 420, 421 du Code pénal, *JORF*, 4 décembre 1926, n° 282, p. 12722.

de la loi de l'offre et de la demande »⁵³⁶ et par conséquent, sanctionne les ententes sous la dénomination délit de coalition.

Mais la législation antitrust française reste pour le mois embryonnaire. Le droit antitrust français s'est véritablement développé à partir du milieu du XX^{ème} siècle. En effet, jusqu'au début du milieu du XX^{ème} siècle, le droit français de la concurrence se trouvait, pour sa majorité, dans l'ordonnance du 30 juin 1945⁵³⁷ relative aux prix⁵³⁸. Le législateur est, par la suite, venu enrichir le droit de la concurrence⁵³⁹ par des ajouts successifs.

512. Puis la loi du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière⁵⁴⁰ sanctionne pour la toute première fois en Droit Français le comportement des entreprises en position dominante.

En effet, l'article 3, §I, de ladite loi dispose que : « *sont prohibées dans les mêmes conditions les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur **une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché*** »⁵⁴¹.

513. Cette loi a fait l'objet de quelques modifications, dans un premier temps, par l'ordonnance du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de

⁵³⁶ J. AZEMA, *Le Droit français de la concurrence*, coll. Thémis, P.U.F., Paris, 1981, p. 26, §14.

⁵³⁷ Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150.

⁵³⁸ J. AZEMA, *op. cit.*, p. 29 et s., §21.

⁵³⁹ Notamment par la réforme du décret-loi n° 53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, *JORF*, 10 août 1953, n° 187, p. 7045 (dit décret anti-trust réglementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence) qui modifie par le biais de l'art. 2 dudit décret-loi, l'art. 37 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 relatif à la réglementation du refus de vente et des pratiques discriminatoires de vente ainsi que l'art. 59 bis et l'art. 59 ter de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 relatifs aux ententes et ce, par le biais de l'art. 1^{er} dudit décret-loi.

⁵⁴⁰ Loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915.

⁵⁴¹ Art. 3, §I, de la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915 qui a modifié l'art. 59 bis de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150.

concurrence⁵⁴² qui prévoit, à la lecture conjointe de ces articles 2⁵⁴³ et 3⁵⁴⁴ : deux cas d'exemptions où les activités d'entreprises ou groupe d'entreprises ne sont pas prohibées dès lors qu'ils entravent le fonctionnement normal du marché est le cas où la position dominante « *résulte de l'application d'un texte législatif ou réglementaire* » ou lorsqu'elle a « *pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité* ».

514. Ainsi, quant au régime de l'abus de position dominante, le droit interne est très proche du droit européen (exceptions faites des exemptions qui sont une particularité française).

Dès lors, il est admis que certaines positions dominantes puissent être « bonnes ». Constitue-t-il un premier infléchissement de l'influence de la théorie structuraliste sur le droit européen ?!

515. Dans un second temps, elle a fait l'objet d'une réforme plus profonde par la loi du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des

⁵⁴² Ord. n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, *JORF*, 29 septembre 1967, p. 9592.

⁵⁴³ Art. 2 de l'Ord. n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, *JORF*, 29 septembre 1967, p. 9592 qui modifie l'art. 51, § 1 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 : « *Les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment : en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente ; en favorisant la hausse ou la baisse artificielles des prix ; en entravant le progrès technique ; en limitant l'exercice de la libre concurrence par d'autres entreprises, sont prohibées sous réserve des dispositions de l'article suivant. Ces prohibitions s'appliquent à tous les biens, produits ou services nonobstant toutes dispositions contraires* ».

⁵⁴⁴ Art. 3 de l'Ord. n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, *JORF*, 29 septembre 1967, p. 9592 qui modifie l'art. 51, § 2 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 : « *Ne sont pas visées par les dispositions de l'article précédent les actions concertées, conventions ou ententes ainsi que les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant une position dominante : 1° Lorsqu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire. Les textes de forme réglementaire intervenus avant le 31 octobre 1967 cesseront de pouvoir être invoqués à compter du 1er janvier 1969 ; 2° Dans la mesure où leurs auteurs peuvent en justifier lorsqu'elles ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité* ».

ententes illicites et des abus de position dominante⁵⁴⁵. Cette réforme porte alors sur les systèmes punitifs⁵⁴⁶ mais c'est une réforme qui a été « *boudé(e)* »⁵⁴⁷ par l'administration comme par les tribunaux et donc qui a été relativement peu appliquée et, est peu efficace.

L'article 14, II de cette loi ajoute au dernier alinéa de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 (anciennement 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945) : « *ou une partie substantielle de celui-ci* ». Cet ajout est la marque indéniable de l'influence grandissante du droit européen sur le Droit français. C'est un premier rapprochement entre le droit interne et le droit européen.

516. Concernant le système punitif, le législateur, sanctionnant la position dominante appliquer les sanctions suivantes : la nullité de plein droit⁵⁴⁸ de tout engagement ou convention se rapportant à une pratique prohibée à l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945⁵⁴⁹ ; une sanction pécuniaire dont le montant maximum, pour une personne morale est de 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisée en France. Et pour une

⁵⁴⁵ L'art. 12 de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833 modifie l'art. 59 bis (devenu alors l'art. 50) de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 ; J.-J. BURST, R. KOVAR, *Droit de la concurrence*, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, Paris, 1981, p. 281, §480.

⁵⁴⁶ Art. 12 à 19 de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833 : (Titre III « Des sanctions applicables en cas d'infraction à la législation des ententes et des position dominante »).

⁵⁴⁷ J.-J. BURST, R. KOVAR, *Droit de la concurrence*, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, Paris, 1981, p. 284, §489.

⁵⁴⁸ Art. 2 de l'Ord. n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, *JORF*, 29 septembre 1967, p. 9592 modifie l'art. 50 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 : « *Tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibée est nul de plein droit. Cette nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers ; elle ne peut être opposée aux tiers par les parties ; elle est éventuellement constatée par les tribunaux de droit commun à qui l'avis de la commission de la concurrence, s'il en est intervenu un, doit être communiqué* ».

⁵⁴⁹ Art. 2 de l'Ord. n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, *JORF*, 29 septembre 1967, p. 9592 a modifié l'art. 50 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 : « *Les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment : en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente ; en favorisant la hausse ou la baisse artificielles des prix ; en entravant le progrès technique ; en limitant l'exercice de la libre concurrence par d'autres entreprises (...)* ».

personne physique, est de 5 000 000 Francs⁵⁵⁰ ; une sanction visant à publier la décision de condamnation : « *Le ministre peut en outre, sur la proportion de la commission ordonner que la décision prononçant une sanction pécuniaire soit, aux frais de l'entreprise ou de la personne morale intéressée, publiée intégralement ou par extrait dans les journaux ou publications qu'il désigne et affiche dans les lieux qu'il indique ; [ou] prescrire l'insertion du texte intégral de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire* »⁵⁵¹ ; et enfin, des sanctions et injonctions visant à arrêter les pratiques prohibées et de rétablir l'état de droit antérieur, de l'état de concurrence antérieur⁵⁵².

517. Pour la toute première fois, le Droit Français reconnaît et organise le contrôle des comportements des entreprises en position dominante.

518. Ici, seule la position dominante est prise en compte. Sont prohibées et sanctionnées les activités d'une entreprise ou un groupe d'entreprise en position dominante ayant pour objet ou pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché intérieur. L'objet ou l'effet anticoncurrentiel peut être réel ou potentiel. Alors même que si ces activités étaient réalisées par une entreprise ou un groupe d'entreprise ne possédant pas une position dominante sur le marché, elles n'auraient pas été interdites et sanctionnées. Ici, seule importe la position dominante, nul n'est besoin de démontrer un abus ou même la nécessité qu'il existe un abus.

519. Cette « discrimination » envers les entreprises détenant une position dominante appelée responsabilité particulière des entreprises en position dominante tient au fait que

⁵⁵⁰ Art. 17 de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833 modifie l'al. 1 à 3 de l'art. 53 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150.

⁵⁵¹ Art. 17 de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833 modifie l'al. 4 et 5 de l'art. 53 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150.

⁵⁵² Art. 17 de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833 modifie l'art. 54 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150.

les entreprises étant en position dominante sur un marché affectent forcément le fonctionnement normal du marché car elles ont un impact sur le fonctionnement du marché en raison de leur puissance économique qu'elles détiennent sur le marché c'est-à-dire en raison de leur position dominante.

La lettre de l'article 3, I de la loi du 2 juillet 1963 est formulée de manière générale et très floue laissant une grande place à l'interprétation et requérant que certaines notions soient précisées.

Effectivement, qu'entend le législateur par « *une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique* » ? Est-ce le fonctionnement normal du marché ? Et, à partir de quel seuil les activités d'entreprise ou un groupe d'entreprises entravent-elles le fonctionnement normal du marché ?

520. En somme, le législateur privilégie le contrôle des structures, en choisissant de ne sanctionner que la « simple » position dominante. Cette tendance venant tout droit d'Outre-Atlantique dynamisée par l'avènement de l'école de Harvard, école des structuralistes, révèle une méfiance importante à l'égard des grandes structures. La législation relative à la concentration économique traduit la méfiance des autorités à l'égard des grandes structures.

Sous l'impulsion de l'école de Harvard, et dans ce contexte de méfiance des grandes structures, le législateur introduit en Droit français un nouveau type de contrôle des structures : le contrôle de la concentration économique. Cette nouveauté est introduite par la loi du 19 juillet 1977⁵⁵³.

521. Dans un premier temps, le législateur a défini la concentration économique comme étant le résultat de « ***tout acte ou opération juridique, quelle que soit la forme adoptée,***

⁵⁵³ Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833 : (Titre II « Du contrôle de la concentration économique », art. 4 à 11) modifié par la suite par l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 (Titre V « De la concentration économique », art. 38 à 44).

emportant transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou ayant pour objet ou pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer directement ou indirectement sur une ou plusieurs autres entreprises une influence de nature à diriger ou même à orienter la gestion ou le fonctionnement de ces dernières »⁵⁵⁴.

522. Par la suite, le législateur a apporté une modification à la définition de la concentration économique en remplaçant la phrase : « *de nature à diriger ou même à orienter la gestion ou le fonctionnement de ces dernières* » par la notion bien plus large d'« *influence déterminante* »⁵⁵⁵.

523. En définitive et en tout état de cause et malgré la modification de la définition, la finalité poursuivie par le droit de la concentration semble être la lutte contre la contrainte économique.

Il est aisé, à la lecture de la définition de la concentration économique, de déterminer l'objectif poursuivi par ces dispositions. En effet, lorsque le législateur entend par concentration économique, « *le résultat de tout acte ou opération juridique ayant pour objet ou pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer une influence de nature à diriger ou même à orienter la gestion ou le fonctionnement de ces dernières* », il paraît évident qu'il entend lutter contre la contrainte économique en ce sens qu'il vise à limiter la concentration économique et ainsi, à limiter les situations favorisant des comportements relatifs à la contrainte économique, autrement dit limiter certaines situations de concentration. Il s'agit de combattre la contrainte économique, en limitant les situations où cette dernière s'exprime. Ici, le législateur fait le choix d'un traitement, indirecte et en amont, de la contrainte économique.

⁵⁵⁴ Art. 4 de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833. Puis dans un second temps, le législateur a modifié cette définition par l'art. 6, § II de la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, *JORF*, 31 décembre 1985, p. 15513 et définit la concentration économique comme étant le résultat de « *tout acte ou opération juridique emportant transfert total ou partiel de propriété ou de contrôle d'entreprises ou de groupe d'entreprises* ».

⁵⁵⁵ Art. 39 de l'Ord. n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

524. Par ailleurs, ceci ne se vérifie pas seulement d'un point de vue théorique mais également pratique. En effet, l'étude de la pratique de la Commission des communautés et de la Cour de Justice des Communautés Européennes met en exergue qu'elles avaient tendance à contrôler les opérations de concentration à travers les articles 85 et 86 du traité relatif aux ententes et abus de position dominante⁵⁵⁶.

525. A la lumière de l'objectif poursuivi par l'abus de position dominante, la proximité existante entre les conceptions forgeant le droit des concentrations et celles forgeant l'abus de position dominante se manifeste fortement, et particulièrement, la proximité existante entre la finalité de ces deux régimes.

Ces deux régimes s'inscrivent dans la lutte contre la contrainte économique, l'un en amont, tendant à réduire autant que faire se peut, les situations favorisant l'apparition de la contrainte économique et l'autre en aval sanctionnant les situations de contrainte économique ayant déjà eu lieu. L'un s'inscrit dans une conception préventive de contrainte économique et l'autre relevant d'une conception répressive et curative de la contrainte économique.

Ces deux régimes s'inscrivent dans un dessein, dans un arsenal que le législateur a mis en place au fil du temps dans le but de lutter contre la contrainte économique, directement et indirectement, en amont et en aval, dans une approche protectrice et dans une approche répressive, de manière préventive et de manière curative.

526. Bien que la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence⁵⁵⁷ constituant le dernier apport de l'« ancien » droit français de la concurrence quant au contrôle des comportements des entreprises en position dominante, cette loi est restée lettre morte. En effet, peu de temps après son entrée en vigueur elle a été remplacée et abrogée par la fameuse ordonnance du 1^{er} décembre 1986. En raison de ce monument

⁵⁵⁶ B. GENESTE, *Droit français et Droit européen de la Concurrence*, coll. Eyrolles Pratique du droit, Eyrolles, Paris, 1991, p. 29.

⁵⁵⁷ Loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, *JORF*, 31 décembre 1985, p. 15513.

réformiste qui est l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la loi du 30 décembre 1985 est presque tombée dans l'oubli.

527. En effet, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est certainement la plus grande évolution du droit de la concurrence. Elle marque le début d'un nouveau droit français de la concurrence. Le Professeur Jacques AZEMA la qualifie même de « *siège législatif du droit français de la concurrence* »⁵⁵⁸. Elle est la seconde évolution majeure du régime de l'abus de position dominante. Elle prévoit l'interdiction de l'abus de position dominante et non plus de la « simple » position dominante.

528. Cette évolution s'est faite très progressivement. Elle s'est réalisée dans un premier temps sur le terrain de la pratique. Et plus précisément, sur le terrain de la pratique de la Commission technique des ententes⁵⁵⁹ qui traite dès 1971 des dossiers d'abus de position dominante⁵⁶⁰ ; et qui, pour la première fois, condamne, en tant que tel, cet abus, autrement dit, en tant qu'abus de position dominante. Par la suite, la jurisprudence de la Commission de la concurrence a été constante.

Le législateur s'est inspiré de cette pratique afin de supprimer l'interdiction des activités des entreprises ou groupe d'entreprises détenant une position dominante dès lors que le fonctionnement normal du marché est entravé afin de la remplacer par l'interdiction de l'abus de position dominante.

⁵⁵⁸ J. AZEMA, *Ibid*, p. 282, §434.

⁵⁵⁹ Autorité de la concurrence (à partir de 2009), anciennement Conseil de la Concurrence (de 1986 à 2009), anciennement Commission de la concurrence (de 1977 à 1986), anciennement Commission technique des ententes (de 1953 à 1977).

⁵⁶⁰ Avis de la Comm. tech., 18 juin 1971, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur des services funéraires, *JORF doc. adm.*, 1972, p. 428 ; Avis de la Comm. tech., 17 mars 1971, relatif aux pratiques anticoncurrentielles dans l'industrie des casiers à bouteilles en matière plastique, *JORF doc. adm.*, 1972, p. 427. Jurisprudence constante : Avis de la Comm. tech., 28 février 1975, relatif à la situation de la concurrence entre laboratoires se livrant au développement et au tirage de photographies en couleur, *JORF doc. adm.*, 1976, p. 1001. Cette tendance jurisprudentielle de la Commission commence à s'afficher dès 1969 à l'occasion d'un Avis de la Comm. tech., 21 novembre 1969, relatif à l'industrie de l'acide sulfurique (dit Avis Acide sulfurique), *JORF doc. adm.*, 1971, p. 130. : la commission retient que ne sont pas interdits les accords par lesquels deux entreprises se sont assurées la maîtrise du marché dès lors que ces accords n'ont pas entraîné d'abus particuliers en raison de la puissance des principaux clients des deux producteurs dominants.

529. Ainsi, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁵⁶¹ revient sur le traitement du contrôle des comportements des entreprises en position dominante. L'article 8, alinéa 1^{er}, §1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 déclare que : « *est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* »⁵⁶². Le législateur précise à l'alinéa 2nd de l'article 8 que : « *ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* »⁵⁶³.

530. Le législateur décide également d'adapter le système punitif. L'exploitation d'une position dominante est alors sanctionnée comme suit : la nullité de « *tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8* »⁵⁶⁴ ; des sanctions pécuniaires sont mises en place. En effet, une sanction pécuniaire dont le montant maximum, pour une personne physique, est de 10 000 000 Francs⁵⁶⁵. Pour une personne morale, la sanction est de 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisée en France au cours du dernier exercice clos. Le législateur met en place une nouvelle sanction pécuniaire spécifique à toute personne physique qui, « *fraudeusement, aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles 7 et 8* »⁵⁶⁶ en court un

⁵⁶¹ Ord. n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 modifié par la suite par la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire, *JORF*, 7 juillet 1987, p. 7391 ; Décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 30 décembre 1986, p. 15775 ; Décret n° 88-479 du 2 mai 1988 modifiant le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 3 mai 1988, p. 6000 et codifiée au livre quatrième du Code de commerce.

⁵⁶² Art. 8, al. 1, §1 de l'Ord. n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 codifié à l'article L.420-1, al. 1^{er} du C. com.

⁵⁶³ Art. 8, al. 2nd de l'Ord. n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁵⁶⁴ Art. 9 de l'Ord. n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁵⁶⁵ Art. 13, al. 2 de l'Ord. n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁵⁶⁶ Art. 17 de l'Ord. n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

emprisonnement de six mois à quatre ans et/ou d'une amende de 5 000 à 500 000 Francs ; une sanction visant à publier la décision de condamnation : « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique et l'insertion de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou de directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée* »⁵⁶⁷ ; des sanctions et injonctions visant à arrêter les pratiques prohibées et de rétablir l'état de droit antérieur, de l'état de concurrence antérieur⁵⁶⁸.

531. En définitive, contrairement à ce que le législateur avait imposé par la loi du 2 juillet 1963⁵⁶⁹, désormais, la seule position dominante n'est pas en soit sanctionnable dès lors que le fonctionnement normal du marché est entravé par les activités d'entreprises en position dominante. Aujourd'hui, avec l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, seule l'exploitation abusive d'une position dominante est prohibée. Seul l'abus est sanctionnable. Donc, la « simple » position dominante n'est plus sanctionnée car elle est licite. Autrement dit, il faut apporter la preuve d'une position dominante sur un marché, l'exploitation abusive de cette position dominante et le fait que l'exploitation abusive de cette position dominante ait pour objet ou pour effet « *d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* »⁵⁷⁰ sur le marché.

⁵⁶⁷ Art. 13, al. 3 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁵⁶⁸ Art. 13, al. 1^{er} de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773. Concernant les mesures conservatoires : v. art. 12 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁵⁶⁹ Loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915.

⁵⁷⁰ Art. 7 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 codifié à l'art. L.420-1 du C. com. Cette condition est prévue par l'art. 8 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 codifié à l'al. 1^{er} de l'art. L.420-2 du C. com. : les termes « *dans les mêmes conditions* » à l'art. 8 font référence aux conditions prévues à l'art. 7 de ladite ordonnance.

532. Il semblerait également que la responsabilité particulière des entreprises en position dominante n'existe plus. Seul l'abus de la position dominante est sanctionnable et non plus les activités d'une entreprise en position dominante qui entravent le fonctionnement normal du marché du fait même de sa position dominante. Ce qui revenait à sanctionner la « simple » position dominante.

Dorénavant, le législateur exprime clairement la volonté de faire la part des choses dans « *l'exercice d'une position dominante qui relève d'un éventuel abus et ce qui résulte de la concurrence par les mérites* »⁵⁷¹.

533. La sanction du seul abus témoigne d'un nouveau rapprochement entre le droit européen et le droit interne. Elle est la marque de l'influence grandissante du droit européen de la concurrence sur le droit français de la concurrence.

Le droit français a emprunté l'idée d'interdire et de sanctionner les abus des entreprises ayant une position dominante sur le marché au droit communautaire⁵⁷². Il convient de noter que le législateur a supprimé, dans la rédaction de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la précision selon laquelle la position dominante était « *caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché* »⁵⁷³.

Les activités d'une entreprise en position dominante qui entraveraient le fonctionnement du marché seraient-elles qualifiées d'abus de position dominante ? Le cas échéant, les entreprises en position dominante conserveraient alors une responsabilité particulière due à leur structure économique.

⁵⁷¹ E. COMBE, *La politique de la concurrence*, coll. Repères, série Economie, La découverte, Paris, 2008, p. 73.

⁵⁷² D. BAULD, *Droit et politique de la concurrence*, Economica, Paris, 1997, p. 256.

⁵⁷³ Art. 3, I, de la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915 modifiant l'art. 50 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150.

534. Cette réforme majeure marque le passage de l'interdiction de la position dominante à celle de l'abus de position dominante et à travers elle, le passage du contrôle des structures au contrôle des comportements.

Compte tenu de la finalité poursuivie par ce régime qui est donc la protection du consentement des agents économiques contre les abus d'autres agents économiques dominants sur le marché, cette réforme affiche une certaine légitimité. Ce changement résulte de l'influence de la politique économique américaine sur le droit français de la concurrence, elle-même orientée alors par l'école de Chicago désavouant les structuralistes.

Cette tendance s'est confirmée par la suite. En effet, depuis, le droit français de la concurrence relève pour l'essentiel du contrôle des comportements et de façon secondaire de celui des structures⁵⁷⁴.

535. Il convient de noter que l'abus de position dominante est sanctionné au titre des pratiques anticoncurrentielles⁵⁷⁵ ce qui n'est pas anodin et revête une forte importance.

En effet, la clarté et la compréhension de l'objectif poursuivi par l'abus de position dominante est faussée. Il est légitime de se demander quel est l'objectif poursuivi par le régime de l'abus de position dominante traité au titre des pratiques anticoncurrentielles.

536. Ici, la relation « instrument-objectif » est complètement déséquilibré car il y a un instrument juridique pour plusieurs objectifs. Il semble avoir une « *diversité de conception* »⁵⁷⁶. En effet, sous certains aspects, il semblerait que le législateur privilégie la protection du libre jeu de la concurrence. Tandis que, par d'autres aspects, le législateur

⁵⁷⁴ J. AZEMA, *Ibid*, p. 283, §435.

⁵⁷⁵ L'art. 8 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 et est codifié à l'art. L.420-2 du C. com. sous le Titre III « Des pratiques anticoncurrentielles ».

⁵⁷⁶ J.-J. BURST, R. KOVAR, *Droit de la concurrence*, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, Paris, 1981, p. 284, §490.

semble privilégier certains impératifs supérieurs⁵⁷⁷. Il semble qu'il y ait un conflit de logique.

537. En effet, le régime de l'abus de position dominante a pour finalité de lutter contre la contrainte économique et donc de protéger l'intégrité du consentement de certains agents économiques des abus d'autres agents économiques, dominants exploitant abusivement leur avantageuse situation structurelle afin de tirer profit des agents économiques dominés en vue d'obtenir des avantages injustifiées, excessifs...

Mais, l'abus de position dominante interdit et sanctionne au titre des pratiques anticoncurrentielles toutes pratiques qui entraveraient la concurrence. Ici, l'objet de la protection est le bon fonctionnement du marché, c'est-à-dire celle de la concurrence. Il ne s'agit pas de protéger, le consentement, qui n'est plus alors, l'objet de la protection. Une pratique anticoncurrentielle est « *une pratique dont il est démontré qu'elle fausse ou fait obstacle à la concurrence sur un marché déterminé* »⁵⁷⁸.

Donc, cet outil juridique (le régime de l'abus de position dominante) doit répondre à une pluralité d'objectifs contradictoires.

538. Cette relation « *instrument-objectif* »⁵⁷⁹ déséquilibrée va avoir plusieurs répercussions.

La première conséquence concerne l'objectif poursuivi par le régime de l'abus de position dominante. En effet, il faut s'interroger sur la clarté de la finalité poursuivie par le régime de l'abus de position dominante. Ensuite, cela participe à rendre la lecture et la compréhension du régime de l'abus de position dominante et plus opaque. Enfin, il faut s'interroger aussi sur la légitimité et l'opportunité d'un tel outil juridique dans ces circonstances.

⁵⁷⁷ J.-J. BURST, R. KOVAR, *op. cit.*, p. 284, §490.

⁵⁷⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006, p. 23, §21.

⁵⁷⁹ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, « Rapport - Les politiques de la concurrence », in *Politiques de la concurrence*, La documentation française, Paris, 2006, p. 140 et s.

539. Est-ce légitime d'avoir un instrument juridique ayant une pluralité d'objectifs, qui plus est, contradictoires ? La rigueur intellectuelle impose de répondre par la négative.

Il y a une vraie contradiction entre l'objectif poursuivi par l'abus de position dominante d'une part, et les pratiques anticoncurrentielles et le droit de la concurrence d'autre part, au titre desquels il est sanctionné.

540. Concernant l'opportunité d'un tel instrument, théoriquement, si on s'en tient à la lettre à l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la contrainte économique semble pouvoir être sanctionnée convenablement.

Cependant, les choses se compliquent d'un point de vue pratique. En effet, cela pose le problème de l'efficacité d'un tel instrument juridique lors de son application. Alors même qu'il est difficile à déterminer l'objectif poursuivi par ce dernier et donc, en quelque sorte sa raison d'être comment pourrait-t-on assurer une bonne application de ce régime ?

En effet, la relation « instrument-objectif » n'a pas juste une valeur théorique. Dans la quête un outil juridique cohérente et efficace, il faut, indubitablement, que la relation « instrument-objectif » soit équilibrée.

541. De plus, les pratiques anticoncurrentielles sont soumises à la démonstration de l'atteinte à la concurrence. En effet, la condition relative à l'atteinte à la concurrence, rédigée comme telle : « *l'objet et l'effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* », est la condition permettant d'assurer la protection du droit de la concurrence, principal objectif des pratiques anticoncurrentielles.

Or, d'une part, cette condition est illégitime. En effet, elle répond à un objectif différent et surtout contradictoire à celui poursuivi par le régime de l'abus de position dominante qu'est la lutte contre la contrainte économique. D'ailleurs, il n'est pas nécessaire à la prise en compte de la contrainte économique. D'autre part, cette condition est inopportune. Elle rend la charge de la preuve plus lourde et participe à limiter et donc à entraver lourdement la lutte contre la contrainte économique.

542. Par la suite, le régime de l'abus de position n'a quasiment pas été modifié. La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques dite NRE⁵⁸⁰ a modifié très succinctement le régime de l'abus de position dominante. Depuis, le même régime de l'abus de position dominante s'applique.

543. Il convient de noter que les exemptions présentes au-dessus⁵⁸¹ sont toujours en vigueur. D'ailleurs, cette particularité est également une conséquence malheureuse de la confusion des conceptions forgeant ce régime et de ces objectifs contradictoires.

544. En effet, car si on sanctionnait bien la contrainte économique et donc si on protégerait bien le consentement, aucune exemption ne serait envisageable. Cette possibilité existe en raison de la confusion sur l'objectif poursuivi par l'abus de position dominante.

Par ailleurs, il convient de préciser que la légitimité de ces exemptions peut, en dehors de toute interrogation relative à la contrainte économique être questionnée. Un abus peut-il, légitimement, faire l'objet d'une exemption ? L'exemption est envisageable pour une faute, elle ne l'est pas pour un abus !

A moins de considérer qu'un abus peut être exempté dans un intérêt supérieur général que serait, par exemple, alors le progrès économique.

Ce qui reviendrait, en le rattachant à la problématique de la contrainte économique, à considérer que l'objectif poursuivi par l'abus de position dominante est la recherche de l'efficacité économique, ce qui est d'ailleurs avancée depuis peu par le législateur national et européen prenant exemple sur le droit américain, depuis l'école de Harvard et

⁵⁸⁰ L'art. 65 et l'art. 66 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 ont modifié l'art. L.420-1 et l'al. 1^{er} de l'art. L.420-2 modifiant les termes suivants « *même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, 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* » par la condition relative de l'objet ou pour effet.

⁵⁸¹ Prévues aux art. 2 et 3 de l'Ord. n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, *JORF*, 29 septembre 1967, p. 9592.

depuis l'avènement de l'école de Chicago. Le problème de la détermination de l'objectif réel et original de l'abus de position dominante se pose encore une fois ici.

Il y a, aujourd'hui, une pluralité d'objectifs et de conceptions contradictoires sur lesquels repose le régime de l'abus de position dominante alors même qu'il ne répond qu'à un seul et même objectif : la lutte contre la contrainte économique.

545. Le législateur a modifié, succinctement, quelques éléments⁵⁸² du système punitif notamment concernant la sanction pécuniaire de l'abus de position dominante par la loi NRE du 15 mai 2001.

En effet, le montant maximum de la sanction pécuniaire est révisé : pour une personne physique, le montant a été élevé à 3 000 000 euros⁵⁸³, et pour une personne morale, il est de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

546. Trois remarques peuvent être faites quant à l'évolution du système punitif.

D'abord, malgré les nombreux ajouts législatifs, le législateur privilégie la constance quant à la nature des sanctions. Le système punitif répond donc à la même logique : nullité de plein droit des engagements, des conventions ou des clauses contractuelles se rapportant à un abus de position dominante, des sanctions pécuniaires, une sanction visant à rétablir l'état antérieur, l'arrêt des pratiques anticoncurrentielles, une sanction visant à faire publier la décision.

547. Ensuite, les réformes législatives portent quasi-exclusivement que sur les sanctions pécuniaires. L'arsenal punitif initialement mis en place pour sanctionner l'abus de

⁵⁸² Art. 73 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 met en place une politique d'engagements et d'exonérations totale ou partielle.

⁵⁸³ Art. 73, al. 3 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

position dominante comprend deux sanctions pécuniaires : une sanction pécuniaire qui veut être qualifiée de générale (qui concerne aussi bien les personnes morales que les personnes physiques) et une seconde sanction pécuniaire, plus spécifique, et dont le domaine d'application est restreint aux personnes physiques qui ont frauduleusement pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques.

548. Concernant la sanction pécuniaire générale, la loi du 19 juillet 1977⁵⁸⁴ fixe le montant maximum à 5 000 000 Francs pour une personne physique et à 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisée en France pour personne morale.

Le législateur décide de modifier avec l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁵⁸⁵ le plafond de cette sanction : pour les personnes physiques, le montant maximum est de 10 000 000 Francs, soit deux fois plus élevé que le montant fixé par la loi du 19 juillet 1977⁵⁸⁶. La modification ne concerne pas les personnes morales, le montant maximum est de 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisée en France. Il reste donc inchangé pour les personnes morales.

549. Enfin, cette sanction pécuniaire va connaître une dernière évolution avec la loi NRE du 15 mai 2001⁵⁸⁷.

Le montant maximum est de 3 000 000 euros pour une personne physique. Soit, une augmentation de deux fois le montant fixé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Soit une augmentation de quatre fois le montant initialement prévue par la loi du 19 juillet 1977.

⁵⁸⁴ Art. 53 de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833.

⁵⁸⁵ Art. 13, al. 3 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁵⁸⁶ Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833 : (art. 53).

⁵⁸⁷ Art. 73 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

Pour une personne morale, il est fixé à 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Soit deux fois plus que ce qui était fixé par la loi du 19 juillet 1977⁵⁸⁸ prévoyait (mais cette augmentation est relative car elle est due au passage à l'euro).

550. Ainsi, l'évolution des sanctions lors des différents ajouts législatifs consiste en une augmentation du montant maximum notamment pour les personnes physiques qui est, d'ailleurs, significative car elle est quatre fois plus élevée que celle fixée par la loi du 19 juillet 1977. Au contraire, le montant maximum de la sanction encourue par les personnes morales n'a connu qu'une seule augmentation (qui doit, d'ailleurs, être relativisée car elle a eu lieu lors du passage à l'euro).

Cette différence de traitement est toute de même curieuse.

551. L'augmentation des montants maximums de la sanction pécuniaire se comprend car elle a lieu lors du passage de l'interdiction de la position dominante à celle d'abus de position dominante. L'objet de l'interdiction étant bien plus grave, car visant l'exploitation abusive et non plus la « simple » position dominante, une sanction plus sévère peut se comprendre.

S'agissant de la seconde augmentation, ce qui est beaucoup plus contestable est le montant de l'augmentation notamment concernant l'augmentation fixée par la loi du 15 mai 2001 et plus particulièrement pour les personnes physiques. D'autant plus, que les personnes physiques sont visées par une autre sanction pécuniaire.

552. En effet, le législateur prévoit que toute personne physique ayant, frauduleusement, pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en

⁵⁸⁸ Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833 : (art. 53).

œuvre d'un abus de position dominante sera puni d'un emprisonnement de six mois à quatre ans ou d'une amende de 5000 à 5 000 000 Francs⁵⁸⁹.

553. Cette sanction pécuniaire a fait l'objet d'une dernière modification⁵⁹⁰ par l'ordonnance du 18 septembre 2000⁵⁹¹ qui a rendu la sanction plus sévère. Le législateur supprime les peines planchers de cette sanction. La peine d'emprisonnement est fixée à quatre ans et le montant de l'amende est fixé à 500 000 Francs.

554. En définitive, dans l'ensemble, les sanctions pécuniaires, générale et spécifique, se sont endurcies au cours des ajouts législatifs notamment pour les personnes physiques.

En effet, s'agissant de la sanction pécuniaire générale, l'augmentation du plafond de la sanction concernant les personnes physiques a été plus importante que celle des personnes morales. Elle a été multipliée par quatre depuis 1977. Par ailleurs, les personnes physiques sont spécifiquement visées par une seconde sanction pécuniaire qui a également été endurcie.

Ainsi, le système punitif semble plus sévère pour les personnes physiques.

Il est légitime de s'interroger sur les raisons de cette augmentation et de cette sévérité ainsi que sur cette différence de traitement avec les personnes morales qui semblent être beaucoup plus « protégées » par le législateur alors même qu'elles ont plus de moyens.

⁵⁸⁹ Art. 17 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁵⁹⁰ Par la suite, elle n'a quasiment pas été modifiée : la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 (art. 67) ajoute un dernier alinéa ; l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, *JORF*, 22 septembre 2000, n° 0220, p. 14877 (art. 3) opère la mise à jour concernant le montant de l'amende lors du passage à l'euro ; l'Ord. n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, *JORF*, 14 novembre 2008, n° 0265, p. 17391 (art. 4) opère une mise à jour lorsque le conseil de la concurrence devient l'autorité de la concurrence.

⁵⁹¹ Art. 4 de l'Ord. n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du C. com., *JORF*, 21 septembre 2000, n° 0219, p. 14783.

555. Enfin, une dernière remarque peut être faite sur les différentes conceptions et finalités parfois contradictoires, sur lesquelles repose le régime de l'abus de position dominante. Ces finalités contradictoires ressortent clairement lors de l'étude des sanctions.

En effet, la présence de sanctions pénales tend à affirmer que la concurrence est l'objet de la protection du régime de l'abus de position dominante. La présence des sanctions pénales participe à infirmer que l'objet de la protection du régime de l'abus de position dominante est l'intégrité du consentement des agents économiques et la lutte contre la contrainte économique. *A contrario*, la nullité de plein droit des engagements, conventions et clauses contractuelles participe à le confirmer.

PARAGRAPHE II. LA RÉCEPTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE AU TITRE DE L'ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

556. Après s'être illustrée par le biais de l'abus de position dominante et encouragée par un contexte propice à l'octroi d'un nouveau abus de domination (A), la notion de contrainte économique s'est développée lentement au titre de l'abus de dépendance économique (B).

A. UN CONTEXTE PROPICE À L'OCTROI D'UN RÉGIME RELATIF À UN NOUVEL ABUS DE DOMINATION

557. Dopés par une influence toujours plus importante des législations étrangères (1), le contexte socio-économique et juridique (2) encouragent la réception d'un nouvel abus de domination.

1. UNE INFLUENCE CROISSANTE DES LÉGISLATIONS ET DES PRATIQUES ÉTRANGÈRES

558. C'est inspiré des législations étrangères que le législateur s'est doté d'un nouvel outil pour sanctionner les situations de domination qui ne sont pas couvertes par le régime de l'abus de position dominante.

559. C'est dans un contexte international favorable que l'abus de dépendance économique a vu le jour au sein du Droit Français.

Cette nouvelle infraction a été largement inspirée du Droit Allemand qui reconnaît au titre de l'alinéa 2nd de l'article 26 de la loi du 27 juillet 1957, modifié en 1973 et en 1980, une infraction par extensions des pratiques discriminatoires⁵⁹² : l'abus de dépendance économique.

Sont ainsi prohibées et sanctionnées en Droit Allemand « *les discriminations au sens large, consistant à entraver, de manière inéquitable, [...], l'accès d'une entreprise à un marché qui est normalement ouvert à des entreprises similaires ou à lui appliquer un*

⁵⁹² M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, coll. Droit des affaires, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 86, §105.

traitement différents injustifié, lorsqu'elles émanent de firmes, qui détiennent »⁵⁹³ « *un pouvoir de marché relatif* »⁵⁹⁴, autrement dit, de « *celles dont dépendant des fournisseurs ou des acheteurs d'un certain type de produits ou de services commerciaux, dans la mesure où il n'existe pas pour eux de possibilités suffisantes et supportables de s'adresser à d'autres entreprises* »⁵⁹⁵.

560. Bien que le Droit Nord-Américain ne reconnaisse pas clairement l'abus de dépendance économique, la pratique de la Cour suprême des Etats-Unis s'est arrogé la liberté de le sanctionner.

En effet, c'est dans le célèbre arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis *STEEL CORP. v./ FORTNER ENTREPRISES*⁵⁹⁶ que les juges décident de connaître et de sanctionner, timidement, pour la première fois, la notion d'abus d'une dépendance économique. Pour ce faire, elle retient que l'application de l'interdiction *per se* de subordination de vente est subordonnée à la condition que le détenteur du produit dispose d'un certain pouvoir économique⁵⁹⁷.

561. Il faut noter qu'à l'instar du Droit Nord-Américain, le droit communautaire ne connaît pas d'infraction relative à l'abus de dépendance économique. Cependant, l'étude de la jurisprudence de la Commission des Communautés Européennes laisse apparaître qu'elle a recours souvent à une notion de dépendance économique utilisée comme élément d'appréciation de la position dominante d'une entreprise sur le marché⁵⁹⁸.

⁵⁹³ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *op. cit.*, p. 86, §105.

⁵⁹⁴ M. PEDAMON, « La protection de la libre concurrence en République fédérale d'Allemagne », *JCP E*, 1984, n° 34 et s, p. 14310.

⁵⁹⁵ M. PEDAMON, *op. cit.*

⁵⁹⁶ Cour suprême des Etats-Unis, 22 février 1977, *United States Steel Corp. v/ Fortner Enterprises Inc.*, 429 U.S. 610, *Justitia US Supreme Court* <<https://supreme.justia.com>>.

⁵⁹⁷ D. BAULD, *Droit et politique de la concurrence*, Economica, Paris, 1997, p. 274.

⁵⁹⁸ Comm. com. eur., aff. 77/327/CEE, 19 avril 1977, relative à une procédure d'application de l'article 86 du Traité CEE (dit affaire ABG c/ BP Néerland), *JOCE*, 9 mai 1977, n° L117, p. 1 : la commission déduit la position dominante d'une entreprise de la dépendance économique de l'un de ses clients en délaissant la recherche des parts de marché individuellement détenue par l'entreprise. Cette affaire a été annulée par CJCE, aff. 77/77, 29 juin 1978, B.P. et autres c/ Commission des Communautés européennes, *Rec.*, 1978, p. 1513 estimant qu'en raison de crise l'entreprise pouvait traiter différemment ces clients traditionnels et occasionnels. Ici, la dépendance économique de l'entreprise client avait été aggravée par la crise pétrolière

Cette influence venue de l'étranger trouve un écho particulier dans un contexte socio-économique et juridique très complaisants avec l'idée de reconnaître la contrainte économique au titre de l'abus de dépendance économique.

2. UN CONTEXTE SOCIO-ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE BIENVEILLANT

562. C'est également dans un contexte socio-économique et juridique favorable que le régime de l'abus de dépendance économique voit le jour. En effet, il vise à encadrer un phénomène économique apparu dans les années 70 : le renversement des rapports de forces entre producteurs et distributeurs (a). Il comble une lacune juridique que le régime de l'abus de position dominante semble incapable de saisir (b).

a. Un contexte socio-économique ébranlé exigeant un nouvel outil de régulation

563. L'abus de dépendance économique semble être la réponse adéquate afin d'encadrer le phénomène de renversement du rapport de force entre producteurs et distributeurs qui a lieu dans les années 70.

de 1973. De même, elle a tendance à retenir qu'en dehors des parts de marchés détenues, une entreprise est en position dominante si elle apparaît comme un partenaire obligé pour ses partenaires ou clients : Comm. com. eur., aff. 78/68/CEE, 8 décembre 1977, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne (dit affaire Hugin/Liptons), *JOCE*, 27 janvier 1978, n° L22, p. 23 ; Comm. com. eur., aff. 72/457/CEE, 14 décembre 1972, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne (dit affaire Zoja c/ CSC ICI), *JOCE*, 31 décembre 1972, n° L299, p. 51 ; CJCE, aff. 322/81, 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission des Communautés européennes, *Rec.*, 1983, p. 3461.

En effet, c'est pour pallier les difficultés d'appréhender par les mécanismes classiques certains comportements répréhensibles commis, notamment, par des organismes de grandes enseignes de distribution, les super-centrales, que le législateur introduit dans le Droit français l'abus de dépendance économique.

564. En effet, dès les années 70, il y a un bouleversement du rapport de force entre les producteurs et les distributeurs.

Initialement, les super-centrales ont pour but de lutter contre les pratiques tarifaires et d'informer les membres des conditions d'achat négociées avec les fournisseurs. Elles ont rapidement acquis un important pouvoir et se sont « *transformées en instances de négociation globale des conditions d'achat, réalisant une dissociation de la négociation et de l'achat afin de permettre aux distributeurs, en globalisant les chiffres d'affaires de leurs adhérents, d'obtenir (et parfois d'extorquer) des fournisseurs certains avantages* »⁵⁹⁹.

565. Dès lors, il y a un véritable renversement des rapports de forces existants entre l'industrie et le commerce, ces derniers étant traditionnellement plus faibles que les fournisseurs. Les fournisseurs se sont retrouvés en définitive, par l'émergence des super-centrales, être dans une situation de dépendance économique et parfois même de grande précarité vis-à-vis de ces distributeurs. En effet, les places sur les linaires sont très chères. Or, les fournisseurs doivent avoir un accès à ces linaires afin d'y placer leurs produits. L'offre est restreinte et la demande est très grande, plaçant, *de facto*, les fournisseurs en situation de dépendance vis-à-vis des distributeurs. Les distributeurs sont « *un canal obligé pour assurer l'accès à leurs produits au consommateur final* »⁶⁰⁰. Les fournisseurs sont alors contraints d'accepter les conditions, exagérées et injustifiées imposées et extorquées, par les distributeurs afin d'assurer leurs débouchés. Une dépendance accrue

⁵⁹⁹ J. AZEMA, *Le Droit français de la concurrence*, coll. Thémis, P.U.F., Paris, 1981, p. 334, §511.

⁶⁰⁰ L. VOGEL, *Traité de Droit commercial*, 18^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2001, t. 1, v. 1 : Commerçants, tribunaux de commerce, fonds de commerce, propriété industrielle, concurrence, p. 738, §894.

par le pouvoir et la synergie dégagée par l'organisation de la distribution organisée en super-centrales.

566. En pratique, ce rapport conflictuel se matérialise souvent par des situations dans lesquelles le distributeur procède à un déréférencement, total ou partiel, du fournisseur dès lors que ce dernier refuse d'accorder des avantages commerciaux injustifiés (versement de primes, de dédommagements rétroactifs ou fournitures et services gratuits). Ce rapport conflictuel se matérialise également par le refus d'accéder à des marchés de nouveaux distributeurs ou de fournisseurs par des conditions discriminatoires⁶⁰¹.

567. Ainsi, de tels abus de puissance d'achat relèvent d'« *une simple domination d'un partenaire commercial sur un autre dans leur rapport bilatéral* »⁶⁰² et non d'une position dominante. Ces abus ne peuvent pas tomber sous le coup du régime d'abus de position dominante car une telle position dominante ne peut être caractérisée en l'espèce.

568. Dès lors, il apparaît nécessaire de mettre en place un outil juridique permettant de sanctionner de tels abus. C'est ainsi que le régime relatif à l'abus de dépendance économique est pensé.

⁶⁰¹ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *Ibid*, p. 85, §104.

⁶⁰² M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *Ibid*, p. 85, §104.

b. Un contexte législatif lacunaire requérant un nouvel outil de répression

569. L'adoption de ce nouvel instrument comble une lacune du dispositif juridique. Il doit interdire et sanctionner des abus de domination auquel le régime de l'abus de position dominante.

Effectivement, ce dernier est dans l'impossibilité de prendre en compte les situations de domination proche de l'abus de position dominante où l'entreprise dominante abuse de sa puissance économique sans pour autant détenir une position dominante sur ce marché pour tirer profit de la dépendance à son égard d'un autre agent économique.

570. Il était difficile voire impossible de sanctionner certains comportements répréhensibles au titre de l'abus de position dominante car l'entreprise est, certes, dominante mais elle n'est pas en position dominante sur le marché.

Il s'agit de pouvoir sanctionner au même titre que les ententes et les abus de position dominante, les pratiques abusives, d'une entreprise qui abuse de la dépendance économique de ses partenaires et donc de sa puissance économique sans être pour autant en position dominante, afin d'imposer ou d'obtenir des conditions ou des avantages excessifs et injustifiés.

Dans ce cas de figure, le régime de l'abus de position dominante n'est pas un instrument adéquat afin de réprimer les comportements abusifs des distributeurs. Par ailleurs, dans les rapports entre distributeurs/ fournisseurs, la position dominante passe par la multitude de produits sur les marchés concernés, et donc par conséquent, de l'impossibilité que ces distributeurs soient en position dominante sur ces marchés.

571. Les textes existants étaient dans l'incapacité d'appréhender les abus de certaines situations de domination.

L'abus de dépendance économique permet « *de sanctionner des entreprises, qui sans contrôler une part de marché prédominante pour un produit particulier, disposent d'un pouvoir économique considérable, une puissance d'achat, dont elles peuvent tentés d'en abuser* »⁶⁰³.

Cependant, la réception de la contrainte économique par le régime de l'abus de dépendance économique a été fastidieuse.

B. UNE RECONNAISSANCE LENTE DE L'ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

572. La reconnaissance du régime de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique a été influencée par la pratique.

573. Le législateur s'est inspiré de la volonté exprimée la Commission de la concurrence et par la Cour Suprême des Etats-Unis de mettre en place des instruments juridiques pouvant sanctionner l'abus de dépendance économique.

Cependant, la reconnaissance juridique s'est faite progressivement : l'abus de dépendance économique n'a pas connu la stabilité de l'abus de position dominante et a fait l'objet de multiples modifications. Ces différents ajouts législatifs mettent en exergue la difficulté du législateur à saisir et interdire efficacement la contrainte économique.

⁶⁰³ L. VOGEL, *Ibid*, t. 1, v. 1 : Commerçants, tribunaux de commerce, fonds de commerce, propriété industrielle, concurrence, p. 738, §894.

574. L'état de dépendance économique apparaît, timidement, dans la loi du 30 décembre 1985 relative aux pratiques discriminatoires de vente⁶⁰⁴. L'état de dépendance économique n'est qu'une circonstance aggravante du délit de pratiques discriminatoires de vente⁶⁰⁵ portant la peine au double lorsque les avantages étaient obtenus d'un partenaire en situation de dépendance économique. Il ne s'agit pas de sanctionner un abus d'état de dépendance économique.

575. C'est l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁶⁰⁶ qui consacre pour la première fois l'abus de dépendance économique en tant qu'infraction autonome.

L'article 8, alinéa 1^{er}, §2 de l'ordonnance dispose qu' : « *est prohibée, dans les mêmes conditions, 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 qui ne dispose pas de solution équivalente* »⁶⁰⁷.

L'alinéa 2nd précise que : « *ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ».

⁶⁰⁴ Loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, *JORF*, 31 décembre 1985, p. 15513.

⁶⁰⁵ Art 1^{er} de la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, *JORF*, 31 décembre 1985, p. 15513 modifie l'art. 37 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 créant au 1^o un g) : « *Est assimilé à la pratique de prix illicite le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, de pratiquer à l'égard d'un partenaire économique, de lui demander ou d'obtenir de lui des prix ou des conditions de vente discriminatoires ou encore des dons en marchandises ou en espèces dans des conditions de nature à porter atteinte à la concurrence. Lorsque ces avantages sont obtenus d'un partenaire en situation de dépendance, les peines applicables sont celles prévues à l'article 41 de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945* ».

⁶⁰⁶ Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁶⁰⁷ Art. 8 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 codifié à l'art. L.420-2 du C. com. et modifié par l'Ord. n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du C. com., *JORF*, 21 septembre 2000, n° 0219, p. 14783.

576. Ainsi, seule l'exploitation abusive de la dépendance économique est sanctionnée : non pas le seul état de dépendance économique qui est donc en soit licite.

Il existe une similitude entre l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique. L'abus de dépendance économique est caractérisé dans les mêmes conditions et est sanctionné de la même façon que l'abus de position dominante.

577. Il faut pour cela apporter la preuve de l'existence d'un état de dépendance économique autrement dit « *l'absence d'alternative suffisante ou supportable de l'un des partenaires économiques, compte tenu de l'état concurrentiel du marché en cause* »⁶⁰⁸, de l'exploitation abusive de la dépendance économique d'une exploitation abusive, et de démontrer que cet abus a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

578. Autrement dit, « *tout engagement, convention ou clause contractuelle* » se rapportant à un abus de dépendance économique est frappée de nullité⁶⁰⁹.

579. La personne physique responsable, encourt une amende d'un montant maximum de 10 millions de francs⁶¹⁰. Alors que la personne morale responsable, encourt une amende pouvant aller jusqu'à 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos.

580. Toute personne physique ayant frauduleusement pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées

⁶⁰⁸ J.-M. MEFFRE, *Guide pratique de la concurrence*, Chotard, Paris, 1987, t. 1, p. 19.

⁶⁰⁹ Art. 9 de l'Ord. du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁶¹⁰ Art. 13 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

aux articles 7 et 8 est punie d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à 4 ans et/ou d'une amende de 5 000 à 500 000 F⁶¹¹.

581. L'auteur de l'infraction peut se voir imposer la publication de la décision de condamnation : « *le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique et l'insertion de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou de directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée* »⁶¹².

582. Il faut souligner que le législateur a fait le choix de sanctionner l'abus de dépendance économique au titre des pratiques anticoncurrentielles alors qu'il avait, lors de l'adoption de la loi du 30 décembre 1985, fait le choix contraire. Ici, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 fait de l'abus de dépendance économique une « *catégorie spécifique de pratiques anticoncurrentielles* »⁶¹³.

Ce choix se traduit par la condition relative à l'atteinte à la concurrence formulée par la phrase suivante : « *ayant objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* ».

Il s'explique également par la pluralité des objectifs poursuivis et des différentes conceptions forgeant ce régime ainsi que par la confusion régnant sur l'objectif véritablement poursuivi par ce régime. En effet, en sanctionnant l'abus de dépendance économique au titre des pratiques anticoncurrentielles, le législateur fait passer l'idée que la finalité de ce régime est la protection de la concurrence, autrement dit, la lutte contre la contrainte économique. Pour certains, cette infraction serait voulue comme « *un*

⁶¹¹ Art. 17 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁶¹² Art. 17 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

⁶¹³ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *Ibid*, p. 87, §108.

instrument de régulation du marché et non comme un simple régime de police »⁶¹⁴, alors même que ce régime s'inscrit, dans la droite ligne de l'abus de position dominante.

583. Pourtant, ce choix est critiquable à plusieurs égards.

Premièrement, la légitimité de ce choix peut, à juste titre, être questionnée. Du point de vue de l'objectif, réellement, poursuivi par l'abus de dépendance économique il est malheureux et illégitime de mettre en place ce régime au titre des pratiques anticoncurrentielles dont la finalité première est la protection de la concurrence.

Deuxièmement, ce choix est critiquable par l'inopportunité considérable dont il fait preuve et qui est due à la condition relative à l'atteinte à la contrainte économique. Afin d'assurer la mission de protection de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles, le législateur était dans l'obligation d'ajouter une condition relative à l'attente de la concurrence.

584. Cette condition est fortement inopportune. Par exemple, si un abus de dépendance économique qui ne répond pas à la condition relative à l'atteinte à la concurrence, il ne sera pas caractérisé en tant que telle au sens de l'article L.420-2 alinéa 2nd du Code de commerce et donc ne sera pas réprimandé. Ce comportement, pourtant relevant d'un abus de dépendance économique, ne tombera pas dans le domaine d'application de l'interdiction déterminée par le législateur alors même qu'il est un abus de dépendance économique et devrait être sanctionné. Il sera, par conséquent, licite, alors même que le consentement d'un partenaire économique a été extorqué et que cette situation est une situation de contrainte économique ! En somme, cette condition vise à limiter grandement le domaine d'application du régime relatif à un abus de dépendance économique et donc à freiner la lutte contre la contrainte économique.

Enfin d'autre part, cette condition est illégitime, inutile, inopportune et même néfaste pour la lutte contre la contrainte économique.

⁶¹⁴ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *Ibid*, p. 87, §108.

585. La confusion régnant quant à la pluralité des finalités a également impacté le système punitif de l'abus de dépendance économique.

Le caractère pénal et quasi-pénal d'une partie des sanctions révèle la volonté du législateur de protéger la concurrence c'est-à-dire l'ordre public économique qui est alors considéré comme une finalité.

A côté de ces sanctions à caractère pénal ou quasi-pénal, il existe des sanctions de nature purement civile. C'est le cas de la nullité qui s'inscrit dans une conception contractuelle et qui laisse penser que l'objet de la protection du régime de l'abus de dépendance économique est la lutte contre la contrainte économique c'est-à-dire la protection du consentement.

586. Le système punitif est plus sévère envers les personnes physiques sanctionnées deux fois (générale et spéciale) contrairement aux personnes morales.

587. Le législateur est intervenu de nouveau pour l'abus de dépendance économique par la loi NRE du 15 mai 2001⁶¹⁵ à deux titres : au titre des pratiques anticoncurrentielles (article 66 de la loi du 15 mai 2001) et au titre des pratiques restrictives de concurrence (article 56 de la loi du 15 mai 2001).

588. S'agissant des pratiques anticoncurrentielles, l'intervention du législateur est très limitée et n'apporte que des changements restreints à l'article L.420-2 alinéa 2nd du Code de commerce⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

⁶¹⁶ Art. 66, al. 2nd de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 : « Est en outre prohibée, 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. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L.442-6 » ; par la suite loi du 2 août 2008 (art. 40) rajoutera à la liste non-limitative d'exemple d'abus les termes suivants : « [...] ou pratiques discriminatoires visées au I de l'article L.442-6 ou en accords de gamme » : seuls changements apportés depuis à abus de dépendance économique dans les pratiques anticoncurrentielles.

La condition relative à l'atteinte de la concurrence est remplacée par les termes suivants « *dès lors qu'elle [la pratique concernée] est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence* ».

De plus, le législateur a curieusement décidé de retirer la condition relative à l'absence de solution équivalente, il est fort à probable que la pratique continuera sûrement à requérir des parties la démonstration de l'absence de solution équivalente.

589. De prime abord, les changements paraissent très limités voire restreints aussi bien dans leur contenu que dans leur portée.

Toutefois, il semblerait que ces changements ne soient pas anodins. Il s'inscrivent dans la volonté du législateur d'« ouvrir » le recours à ce régime et de faciliter la qualification d'une situation en abus de dépendance économique. Ils doivent remédier à l'échec du régime de l'abus de dépendance économique tel qu'il est mis en place par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

En effet, la condition relative à l'atteinte de la concurrence semble offrir davantage de marge d'appréciation facilitant donc sa démonstration. De plus, la suppression de la condition relative à l'absence de la solution équivalente allège la charge de la preuve. Ainsi, ces changements ont pour objet d'assouplir la charge de la preuve afin de faciliter la qualification de l'abus de dépendance économique.

Le législateur a modifié succinctement, par la loi NRE du 15 mai 2001, quelques éléments⁶¹⁷ du système punitif notamment concernant la sanction pécuniaire de l'abus de dépendance économique.

590. Trois remarques peuvent être faites quant à l'évolution du système punitif.

D'abord, les sanctions ont la même nature, le système punitif répond donc à la même logique : nullité de plein droit des engagements, conventions ou clause contractuelle se

⁶¹⁷ L'art. 73 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 met en place une politique d'engagements et d'exonérations totale ou partielle.

rapportant à un abus de dépendance économique, sanctions pécuniaires, sanction visant à rétablir l'état antérieur, arrêter les pratiques anticoncurrentielles, sanction visant à faire publier la décision.

591. Ensuite, concernant la sanction pécuniaire générale, s'appliquant aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques, le montant maximum de la sanction pécuniaire est révisé. Pour une personne physique, le montant a été élevé à 3 000 000 euros, et, pour une personne morale, il est de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre⁶¹⁸.

S'agissant de la sanction pécuniaire spécifique, concernant uniquement les personnes physiques qui ont frauduleusement pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de l'abus de dépendance économique, a fait l'objet d'une dernière modification⁶¹⁹ par l'ordonnance du 18 septembre 2000⁶²⁰ qui a rendu la sanction plus sévère. Les peines planchers ont été supprimées : la peine d'emprisonnement est fixée à quatre ans et le montant de l'amende est fixé à 500 000 Francs.

592. En définitive, dans l'ensemble, les sanctions pécuniaires, générale et spécifique, ont été endurcies au cours des ajouts législatifs notamment pour les personnes physiques. En effet, s'agissant de la sanction pécuniaire générale, l'augmentation du plafond de la sanction concernant les personnes physiques a été plus élevée que celle des personnes morales. Par ailleurs, les personnes physiques sont exclusivement visées par une seconde

⁶¹⁸ Art. 73, al. 3 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

⁶¹⁹ Par la suite, elle n'a quasiment pas été modifiée : la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 (art. 67) ajoute un dernier alinéa ; l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, *JORF*, 22 septembre 2000, n° 0220, p. 14877 (art. 3) opère la mise à jour concernant le montant de l'amende lors du passage à l'euro ; l'Ord. n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, *JORF*, 14 novembre 2008, n° 0265, p. 17391 (art. 4) opère une mise à jour lorsque le conseil de la concurrence devient l'autorité de la concurrence.

⁶²⁰ Art. 4 de l'Ord. n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce, *JORF*, 21 septembre 2000, n° 0219, p. 14783.

sanction pécuniaire, plus spécifique, qui a également été endurcie. Ainsi, le système punitif s'est endurci pour les personnes physiques.

593. Alors même que pour les personnes morales, le montant maximum de la sanction encouru a connu une seule augmentation qui doit être relativisée car elle a eu lieu lors du passage à l'euro ; il faut noter, pour les personnes physiques, une augmentation à hauteur de deux fois de celle fixée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

594. Il faut s'interroger sur les raisons de cette sévérité, de cette différence de traitement avec les personnes morales qui semblent beaucoup plus « protégées » par le législateur alors même qu'elles ont plus de facilités financières.

595. Enfin, la dernière remarque qui peut être faite porte sur les différentes conceptions, parfois contradictoires sur lesquelles repose le régime de l'abus de dépendance économique et sur le flou concernant la finalité poursuivie par ce régime.

En effet, la présence de sanctions pénales ou quasi-pénales participe à dire que la concurrence est l'objet de la protection du régime de l'abus de dépendance économique.

Alors que la nullité de plein droit des engagements, conventions et clauses contractuelles participe à confirmer que l'objet de la protection est le consentement des agents économiques et que la finalité poursuivie par ce régime est la lutte contre la contrainte économique.

596. Le législateur a modifié aussi bien le contenu du régime de l'abus de dépendance économique que ses sanctions en raison de l'échec qu'il a dû essuyer avec l'article L.420-

2 alinéa 2nd. Le régime relatif à l'abus de dépendance économique n'a pas vraiment séduit⁶²¹.

Il s'est avéré être peu efficace. Effectivement, très peu de plaintes ont été déposées par les entreprises par craintes de représailles. Pour les rares plaintes déposées, les conditions étaient très rarement réunies (difficulté ou impossibilité de prouver la dépendance, impossibilité de remplir la condition relative l'atteinte à la concurrence...).

597. L'une des principales raisons invoquées pour expliquer à l'échec de l'article L.420-2 alinéa 2nd est la grande difficulté voire l'impossibilité d'apporter la preuve de l'atteinte à la concurrence.

Afin de faire fi de cette difficulté, le législateur met en place un nouveau régime d'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence. Il se rapproche ainsi de la loi du 30 décembre 1985 qui avait choisi de sanctionner la dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence.

Le législateur met en place un nouveau régime d'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence.

598. Les pratiques restrictives de concurrence n'ayant pas pour finalité la protection de la concurrence mais celle des rapports entre partenaires commerciaux, l'atteinte à la concurrence n'est pas requise comme condition.

L'article 56 de la loi NRE du 15 mai 2001 codifié à l'article L.442-6 I, 2^o b) du Code de commerce énonce qu'*« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, d'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 »*.

⁶²¹ Sur l'ensemble de la question relative à l'échec de l'art. L.420-2, al. 2nd du C. com. : v. L. VOGEL, *Ibid*, t. 1, v. 1 : Commerçants, tribunaux de commerce, fonds de commerce, propriété industrielle, concurrence, p. 739, §895.

599. Il s'agit de protéger l'intégrité du consentement d'un partenaire commercial dont la volonté et la liberté ont été entravées et dont le consentement a été extorqué en exploitant abusivement de la dépendance économique de ce partenaire commercial afin d'obtenir des conditions et des avantages excessifs et injustifiés. Par conséquent, il s'agit ici, de lutter contre la contrainte économique.

600. La caractérisation de l'abus de dépendance économique nécessite, d'apporter la preuve d'une situation de dépendance économique, une exploitation abusive de cette situation de dépendance économique réalisé dans le but d'obtenir des conditions commerciales ou des obligations injustifiées ou excessives.

Ainsi, la démonstration de la condition relative à l'atteinte à la concurrence et celle de l'absence de solution équivalente n'est pas requise.

Toutefois, la jurisprudence s'accorde certaines libertés vis-à-vis de la lettre du texte. Elle a caractérisé des situations de dépendance économique en ayant recours à la notion d'absence de solution équivalente. D'ailleurs, l'absence de solution équivalente ne serait-il pas un caractère de la dépendance économique ?

601. Concernant la condition relative à l'atteinte à la concurrence, on ne peut que se réjouir que le législateur ne requière pas sa démonstration pour la qualification de l'abus de dépendance économique.

602. En effet, le choix du législateur est légitime si on tient compte de la nature de cette infraction qu'est une pratique restrictive de concurrence, c'est-à-dire une pratique *per se* qui ne nécessite pas pour être caractérisée la preuve d'une atteinte à la concurrence. Ce choix est également légitime au vu de l'objet de la protection du régime de l'abus de dépendance économique qui est l'intégrité du consentement et la lutte contre la contrainte économique. En effet, l'objet de la protection de ce régime n'est pas la protection de la concurrence dès lors cette condition n'a pas lieu d'être.

603. Ce choix est également opportun car il ne freine pas la réception de la contrainte économique et permet de traiter des situations d'abus de dépendance économique qui auraient pu ne pas être échappées à les interdire en raison de la difficulté à démontrer une atteinte à la concurrence. Ce choix du législateur permet de re-dynamiser la lutte contre la contrainte économique. Cette condition inutile et illégitime à la caractérisation d'un abus de dépendance économique n'étant plus requise, la charge de la preuve est allégée.

La qualification de ce régime ne requérant pas la preuve de l'atteinte à la concurrence, ce régime est libéré de la marque des pratiques anticoncurrentielles, il est « assaini » de l'erreur sur la finalité.

604. Le législateur prévoit comme sanctions la cessation des pratiques concernées⁶²², la nullité des engagements, conventions, et clauses contractuelles illicites⁶²³, la répétition de l'indu⁶²⁴, une amende civile de 2 millions⁶²⁵, la réparation du préjudice subi du fait de ces pratiques⁶²⁶.

605. Contrairement au système punitif du régime de l'abus de dépendance économique retenu au titre de pratiques anticoncurrentielles, la nature des sanctions retenue par le législateur reflète largement et aisément la conception sur laquelle ce régime a été conçu et l'objectif qu'il poursuit. Il s'inscrit dans une logique contractuelle et dont le but est la lutte contre la contrainte économique.

D'ailleurs, beaucoup considèrent le Titre 1^{er} du Livre 2nd relatif à la moralisation des pratiques commerciales du Code de commerce comme relevant davantage du droit civil que du droit de la concurrence. Certains parlent également de petit droit de la concurrence.

⁶²² Art. 56, 8°, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 qui a modifié l'art. L.442-6, III du C. com.

⁶²³ Art. 56, 8°, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 qui a modifié à l'art. L.442-6, III du C. com.

⁶²⁴ Art. 56, 8°, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 qui a modifié à l'art. L.442-6, III du C. com.

⁶²⁵ Art. 56, 8°, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 qui a modifié à l'art. L.442-6, III du C. com.

⁶²⁶ Art. 56, 8°, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 qui a modifié à l'art. L.442-6, III du C. com.

D'autres vont plus loin et remettent en cause la question de la légitimité de ces dispositions au sein du Code de commerce.

606. Par ailleurs, la relation « instrument-objectif » est ici respectée. On ne peut que se réjouir et féliciter le législateur de mettre en place un régime traitant de la contrainte économique au titre des pratiques restrictives de concurrence plutôt qu'au titre des pratiques anticoncurrentielles. Ce choix allège la preuve de l'abus de dépendance économique, il permet d'améliorer la lutte contre la contrainte économique.

607. Cependant, le législateur décide de supprimer l'infraction d'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence par le biais de la loi LME du 4 août 2008⁶²⁷.

Ce choix est bien malheureux et ne suscite que la critique.

Du point de vue de la finalité du régime de l'abus de dépendance économique, le régime édité au titre de pratiques restrictives de concurrence répondait au mieux à la finalité du régime que le régime au titre des pratiques anticoncurrentielles.

En effet, le choix du législateur de mettre en place, par la loi NRE du 15 mai 2001, ce régime d'abus de dépendance économique au titre des politiques restrictives de concurrence était encourageant en raison de la légitimité et de l'opportunité de ce régime dans la lutte contre la contrainte économique.

608. Le législateur a remplacé le régime d'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence par un nouveau régime celui du déséquilibre significatif.

L'article L.442-6 I, 2° du Code de commerce dispose qu'*« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur,*

⁶²⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite loi LME), *JORF*, 5 août 2008, n° 0181, p. 12471.

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 »⁶²⁸.

609. Ainsi, face à l'échec du régime de l'abus de dépendance économique, en tant que pratique anticoncurrentielles au sein de l'article L.420-2 alinéa 2nd du Code de commerce et face à la difficulté de sanctionner les situations de contrainte économique en tant que pratiques restrictive de concurrence au titre de l'article L.442-6 I, 2°, b) du Code de commerce afin de prendre en compte la contrainte économique, le législateur décide de supprimer le régime de l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique en tant que pratiques restrictives de concurrence et de le remplacer par le régime du déséquilibre significatif.

Ce régime n'est pas recommandé pour le traitement de la contrainte économique. Il ne semble ni légitime ni opportun à connaître de la contrainte économique.

Ce régime est illégitime à connaître de la contrainte économique. Eu égard au contexte d'adoption de ce régime et de sa codification à l'article L.442-6 I 2° b du Code de commerce, l'objectif de ce régime est de pallier le régime précédent dont la finalité était la lutte de la contrainte économique. Aussi, il semblerait que, pour le législateur, l'objectif poursuivi par cette infraction soit également la lutte contre la contrainte économique.

Or, la lettre de l'article indique que la finalité de ce régime est la lutte contre le déséquilibre contractuel.

610. Par ailleurs, ce régime est inopportun pour le traitement de la contrainte économique. La lettre de cette infraction est formulée de sorte qu'elle offre à la jurisprudence la charge

⁶²⁸ L'art. L.442-6, I, 2° du C. com. relatif au déséquilibre significatif tel que modifié par l'art. 93, I, 1°, 3°, 4° de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite loi LME), *JORF*, 5 août 2008, n° 0181, p. 12471 sanctionne quasiment de la même façon le déséquilibre significatif qu'elle sanctionnait auparavant l'abus de dépendance économique c'est-à-dire cessation des pratiques concernées, nullité des engagements, conventions ou clauses illicites, répétition de l'indu, sanction pécuniaire (2 millions d'euros avec la possibilité qu'elle soit élevée à 3 fois le montant des sommes indues), réparation du préjudice subi, et publication de la décision de condamnation. Ainsi, le déséquilibre significatif est sanctionné globalement de la même manière bien qu'une légère sévérité du législateur se fasse ressentir marquant sa volonté que l'infraction soit efficace et dissuasive.

d'en déterminer les contours et de le définir plaçant les justiciables sous un aléa juridique certain.

611. En somme, le seul des deux régimes relatifs à l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique étant légitime et opportun quant au traitement de la contrainte économique a été, curieusement, abrogé et remplacé par un régime dont la légitimité et l'opportunité sont remise en cause et dont la finalité première ne consiste pas à lutter directement contre les abus de déséquilibre structurel. Bien que ce régime, semble-t-il s'inscrive dans un schéma plus grand, c'est-à-dire au sein d'un arsenal juridique de lutte contre la contrainte économique.

612. L'évolution de la notion de contrainte économique dans les droits spéciaux se poursuit au sein du droit de la consommation et du droit pénal des affaires. Effectivement, la notion de contrainte économique s'est développée à travers les abus de faiblesse.

SECTION II. LA RÉCEPTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION ET LE DROIT PÉNAL DES AFFAIRES : LA CONSÉCRATION DES ABUS DE FAIBLESSE

613. La notion de contrainte économique ne s'est pas limitée au droit civil. Elle s'est emparée de droit de la concurrence, de droit de la consommation et du droit pénal des affaires.

614. Après avoir affecté les rapports entre professionnels, la contrainte économique impacte les rapports entre professionnels et consommateurs. Face à l'envergure de la contagion, le législateur décide de soigner ces rapports en reconnaissant la contrainte économique au titre de l'abus de faiblesse et d'ignorance en droit de la consommation et le régime de l'abus de vulnérabilité au sein du droit pénal des affaires.

615. Ainsi, la notion de contrainte économique se développe au titre de l'abus de faiblesse et d'ignorance en droit de la consommation (Paragraphe I) et au titre de l'abus de vulnérabilité en droit pénal des affaires (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LA RÉCEPTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE AU TITRE DE L'ABUS DE FAIBLESSE ET D'IGNORANCE

616. Le législateur a tenté de traiter cette nouvelle menace pour les consommateurs en reconnaissant la contrainte économique par le régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance. La réception de la notion de la contrainte économique au sein du droit de la consommation a été portée par un contexte particulièrement avantageux et disposé (A). La réception de la notion de contrainte économique au titre de l'abus de faiblesse s'est construite dans le temps (B). En effet, elle est le fruit de nombres ajouts législatifs successifs.

A. UN CONTEXTE AVANTAGEUX À L'ADOPTION DU RÉGIME DE L'ABUS DE FAIBLESSE ET D'IGNORANCE

617. L'évolution de la contrainte économique au sein du droit de la consommation s'explique par l'écrin particulièrement confortable que représente le droit de la consommation et dans lequel la contrainte économique peut prospérer. Effectivement, le droit de la consommation est un environnement propice à la contrainte économique car c'est un environnement essentiellement contractuel. Le domaine contractuel est le domaine de prédilection de la contrainte économique.

618. Par ailleurs, cette évolution s'explique également par la qualité des sujets du droit de la consommation : les consommateurs qui sont vulnérables. Ils sont dominés dans le rapport de force avec les professionnels. Ainsi, les déséquilibres structurels sont plus

nombreux et plus criants au sein du droit de la consommation qu'au sein du droit civil ou sein du droit de la concurrence.

619. A l'instar du droit de la concurrence, la réception de la notion de contrainte économique au titre de l'abus de faiblesse a été encouragée par un contexte socio-économique inédit (1) et par un contexte juridique particulièrement disposé (2).

1. UN CONTEXTE SOCIO-ÉCONOMIQUE INÉDIT

620. Ce contexte socio-économique particulièrement favorable se traduit par l'avènement de la société de consommation (a) et par l'émergence de l'ère consumériste (b). Ces deux phénomènes socio-économique sont, par ailleurs, extrêmement liés. La consommation effrénée par laquelle la société se définit depuis l'Après-guerre a favorisé les abus commis à l'encontre des consommateurs à l'occasion de leur acte d'achat. Ce qui les a poussés à s'organiser en groupe de pression afin de faire entendre leur voix et de protéger leurs intérêts.

a. L'avènement de la société de consommation

621. Selon le Professeur Jean BEAUCHARD « *c'est l'avènement de la société de consommation qui est le phénomène fondamental* »⁶²⁹ de la création du droit de la consommation.

⁶²⁹ J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 1996, p. 22.

622. Cette société de consommation est le fruit de la révolution industrielle et commerciale.

En effet, la révolution industrielle a permis un nouveau mode de production (fabrications mécanisées d'objets en grande série : multiplication et complexification des biens et des services, abaissement des coûts de production, augmentation du niveau de vie...) ⁶³⁰.

Au XX^{ème} siècle, la révolution commerciale procède de la révolution industrielle. Elle est le résultat d'un nouveau mode de commerce qui provient de la réunion de nouvelles techniques (la mise en place de méthodes de ventes nouvelles, la culture de la publicité et du marketing se développent et le recours au crédit se multiplie) ⁶³¹.

A la fin du XIX^{ème} siècle, apparaît alors une nouvelle manière de concevoir la possession et la consommation des biens et des services : c'est les prémisses de la société de consommation.

623. Mais ce n'est qu'après que la Seconde Guerre mondiale, que la société de consommation émerge, et prend naissance ⁶³².

Le Professeur Jean BEAUCHARD définit la société de consommation comme étant une « *société où les besoins élémentaires sont satisfaits pour une immense majorité qui peut consacrer un revenu disponible à des consommations non-essentiels* » ⁶³³. En d'autres termes, elle se caractérise par « *une variété et une profusion de biens et de services à prix réduits, accessibles au plus grand nombre* » ⁶³⁴. La société de consommation a engendré la création du consumérisme et du mouvement de protection des consommateurs face aux abus dont ils sont victimes.

⁶³⁰ J. BEAUCHARD, *op. cit.*, p. 23 ; S. SERNHEIM-DESVAUX, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., coll. Panorama Du Droit, série Licence-Master, Studyrama, Paris, 2011, p. 19 ; D. FERRIER, *La protection des consommateurs*, coll. Connaissance du Droit, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 1996, p. 1 et s.

⁶³¹ J. BEAUCHARD, *Ibid*, p.23 ; S. SERNHEIM-DESVAUX, *op. cit.*, p. 19 ; D. FERRIER, *op. cit.*, p. 1 et s.

⁶³² J. BEAUCHARD, *Ibid*, p. 22.

⁶³³ J. BEAUCHARD, *Ibid*, p. 23.

⁶³⁴ J. BEAUCHARD, *Ibid*, p. 23.

b. L'ère du consumérisme

624. Face aux abus de plus en plus récurrents dont sont victimes les consommateurs au sein de cette nouvelle société de consommation où « *le pouvoir appartient aux producteurs et aux marchands* »⁶³⁵ apparaissent des groupes de pression afin de protéger les consommateurs et défendre leurs intérêts.

Ce mouvement de défense des consommateurs prend naissance aux Etats-Unis dans les années 60. Dans les années 70, il se développe en Europe et particulièrement en France.

625. Selon certains auteurs⁶³⁶, le mouvement consumériste s'est créé plus pour des raisons juridiques que idéologiques car le Droit Nord-Américain serait particulièrement enclin aux actions collectives et à l'obtention de réparations conséquentes.

Toutefois, il ne faut pas oublier que la raison première était de faire face aux abus dont les consommateurs souffraient et qui étaient inhérents à ce nouveau mode de consommation.

Durant la révolution commerciale, alors même que le consommateur était la cible de producteurs et de distributeurs et représentait « *le groupe économique le plus important et pourtant le moins écoutait* »⁶³⁷, il avait été presque oublié⁶³⁸. En effet, la production et la distribution de masse présente des effets néfastes pour les consommateurs : produits dangereux ou de mauvaise qualité, un recours excessif à la publicité et au marketing, publicité trompeuse ou agressive, ventes agressives...⁶³⁹. Elles poussaient également le consommateur à conclure des contrats qui ne lui étaient pas avantageux voire même préjudiciables.

⁶³⁵ D. FERRIER, *Ibid*, p. 1.

⁶³⁶ D. FERRIER, *Ibid*, p. 1.

⁶³⁷ S. SERNHEIM-DESVAUX, *Ibid*, p. 19.

⁶³⁸ J. BEAUCHARD, *Ibid*, p. 27.

⁶³⁹ J. BEAUCHARD, *Ibid*, p. 27 ; S. SERNHEIM-DESVAUX, *Ibid*, p. 19.

626. Ce mouvement consumériste trouve donc son origine dans les abus découlant des contrats passés par les consommateurs.

La société de consommation s'est accompagnée également d'une multiplication des contrats d'adhésion où la liberté du consentement du contractant, non auteur du contrat, la partie faible, ici le consommateur, est mis à mal car elle est « réduite à [sa] plus simple expression »⁶⁴⁰.

627. Dès lors, le postulat de base selon lequel « qui dit contractuel dit juste »⁶⁴¹ montre ses limites. Il est alors évident, qu'il existe par nature un déséquilibre entre le consommateur et le professionnel. D'abord, un déséquilibre de force économique entre le consommateur dont les moyens financiers sont limités et ceux du professionnel, qui dans l'exercice de sa profession, à des moyens économiques très importants. Ensuite, un déséquilibre dit « intellectuel »⁶⁴² en raison de la qualité de profanes des consommateurs et l'ignorance dont ils font preuve face à l'ingénierie commerciale et marketing.

Pour ce faire, il faut informer voire éduquer les consommateurs⁶⁴³. Le but étant alors de pallier la faiblesse des consommateurs et au déséquilibre inhérent dans la relation consommateur/professionnel au profit des consommateurs. C'est ainsi que le mouvement consumériste s'inscrit dans un but de défense des consommateurs contre les abus.

628. Dans un premier temps, les regroupements de consommateurs se sont formés en coopérative⁶⁴⁴. Puis, sous forme d'associations à partir des années 70.

C'est le cas de la *Consumers' Research*, aux Etats-Unis, qui jugée pas suffisamment agressive donna naissance alors à la *Consumers Unions* fondée en 1936. Ce groupement força General Motors à retirer du marché un véhicule jugé dangereux.

⁶⁴⁰ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, LexisNexis, Paris, 2012, p. 162, §214.

⁶⁴¹ A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, 1^{ère} éd., Hachette, Paris, 1880, p. 410.

⁶⁴² Pour reprendre l'expression de S. SERNHEIM-DESVAUX, *Ibid*, p. 19.

⁶⁴³ J. BEAUCHARD, *Ibid*, p. 28.

⁶⁴⁴ D. FERRIER, *Ibid*, p. 3 et s. : c'est en 1844, à Manchester que le premier groupe de consommateurs s'est formé, il visait à améliorer les conditions d'approvisionnements des ouvriers ; en France, la Fédération nationale des coopératives de consommation a été créée en 1912.

Ralph NADER, qui fut au coeur du développement de la *Consumers Union*, déclara dans son livre *Festin empoisonné* que : « *chaque consommateur, chaque association se doit de faire connaître son mécontentement non plus à son épicier, mais au pays tout entier. Un groupe de citoyens, pourvu qu'il soit organisé de façon efficace, peut se défendre contre les agressions des grandes entreprises. Il faut mettre l'accent sur le rôle primordial que doit jouer le public* »⁶⁴⁵.

629. Très peu de réponses ont été apportées par les professionnels. Ce n'est que très récemment qu'ils ont rétorqué au mouvement consumériste en répondant collectivement sous forme de règlements d'autodiscipline professionnels ou interprofessionnels dont la portée est très limitée en raison du caractère unilatéral de ces textes et de l'absence de véritables sanctions en cas de violation de ces règles⁶⁴⁶. Le consommateur, sujet des règles édictées, n'a pas été associé à la réflexion et à la rédaction de ces règles.

630. Dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, ces regroupements de consommateur ont fait pression sur l'Etat et les gouvernements afin que soient adoptées des lois consuméristes⁶⁴⁷.

631. Les gouvernements ont subventionné et ont adopté des mesures réglementaires ou législatives protectrices des consommateurs⁶⁴⁸.

La volonté des pouvoirs publics à reconnaître la nécessité de protéger les consommateurs peut s'illustrer par le discours prononcé par John F. KENNEDY au congrès en 1962 : « *Ils constituent le groupe économique le plus important, influant sur presque toutes les décisions économiques publiques et privées et étant influencé par elles. Leurs dépenses [aux consommateurs] représentent les deux tiers des dépenses économiques totales. Ils*

⁶⁴⁵ J.-C. FOURGOUX, J. MIHAÏLOV, M.-V. JEANNIN, *Principes et pratiques du Droit de la consommation*, coll. Ce qu'il vous faut savoir, J. Delmas, Paris, 1979, p. 7.

⁶⁴⁶ Sur l'ensemble de la question : D. FERRIER, *Ibid*, p. 5 et s.

⁶⁴⁷ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 22, §20.

⁶⁴⁸ J. BEAUCHARD, *Ibid*, p. 28.

constituent pourtant le seul groupe qui ne soit pas réellement organisé et dont les avis, le plus souvent, ne sont pas entendus. [...] Quelle que soit notre prospérité, nous ne pouvons pas nous payer le luxe d'un gaspillage de la consommation, pas plus que nous ne pouvons supposer l'inefficacité de nos entreprises ou du gouvernement. [...] L'établissement d'une législation complémentaire et l'action de l'Administration sont nécessaires, si le gouvernement fédéral entend faire face à ses responsabilités pour assurer aux consommateurs le plein exercice de leurs droits. Dont le droit à la sécurité [...] le droit d'être informé [...] le droit de choisir [...] le droit d'être entendu [...] »⁶⁴⁹.

632. Lors de son discours, John F. KENNEDY ne s'est pas limité à lancer le slogan : « *Nous sommes tous, par définition, des consommateurs* »⁶⁵⁰. Il va bien plus loin en affirmant quelques droits fondamentaux des consommateurs.

Il jette les bases de « *la conception moderne du droit de la consommation* »⁶⁵¹.

Les années 70 sont marquées par l'action des pouvoirs publics Français en matière consumériste qui sont davantage poussés par la tendance consumériste que par une réelle adhésion au mouvement consumériste⁶⁵². Les organisations de défense et les textes de protection des consommateurs prolifèrent. C'est dans ce contexte juridique très favorable qu'est né le droit contemporain de la consommation.

⁶⁴⁹ Communication du Président John F. KENNEDY, le 15 mars 1962, au Congrès américain sur la protection des consommateurs : « *They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard [...] Fortunate as we are, we nevertheless cannot afford waste in consumption any more than we can afford inefficiency in business or Government. [...] Additional legislative and administrative action is required, however, if the federal Government is to meet its responsibility to consumers in the exercise of their rights. These rights include : The right to safety [...] The right to be informed [...] The right to choose [...] The right to be heard [...]* ».

⁶⁵⁰ Communication du Président John F. KENNEDY, le 15 mars 1962, au Congrès américain sur la protection des consommateurs : « *Consumers, by definition, include us all* ».

⁶⁵¹ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., coll. Litec professionnels, série Droit commercial, LexisNexis, Paris, 2011, p. 9, §12.

⁶⁵² D. FERRIER, *Ibid*, p. 7.

2. UN CONTEXTE JURIDIQUE ENCOURAGEANT

633. Le contexte juridique encourage à la mise en place d'un droit particulier, d'un droit d'exception dont le but serait de protéger, les consommateurs.

Effectivement, le contexte juridique est lacunaire car il a besoin de mécanismes de droit civil adéquats et efficaces pouvant connaître des situations de contrainte économique dont souffrent les consommateurs (a). L'adoption du régime relatif à l'abus de faiblesse est également influencée par les législations étrangères (b). Ce besoin est nouveau et correspond aux défis que posent cette nouvelle société de consommation.

a. Un contexte juridique dépourvu de mécanismes traditionnels de droit civil efficaces et adéquats

634. En effet, la nouvelle société de consommation et la révolution commerciale s'accompagnent également de nombreux abus commis par le professionnel à l'encontre des consommateurs. Des abus face auxquels les mécanismes traditionnels de droit civil s'avèrent être impuissants. C'est donc en l'absence de réponse juridique adéquate et efficace qu'émerge une nouvelle vision du droit de la consommation donnant naissance au droit moderne de la consommation.

635. Effectivement, la protection juridique du consommateur est plutôt ancienne⁶⁵³.

A Babylon, en -1700 ans avant J.-C., le Code d'HAMURABI contenait des dispositions pénales réprimant les falsifications de marchandises. PLATON, dans *Les Lois*, préconise

⁶⁵³ Pour l'ensemble de la question : v. S. SERNHEIM-DESVAUX, *Ibid*, p. 19 ; G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., coll. Litec professionnels, série Droit commercial, LexisNexis, Paris, 2011, p. 6, §6.

de contraindre les vendeurs à rester dans la cité durant 10 jours après la vente. A Rome, la loi des XII Tables mettait en place une obligation d'information et une garantie des vices cachés. Le Moyen-Age fut une période tendant de pérenniser les relations contractuelles afin de protéger les consommateurs par la mise en oeuvre de l'obligation de conclure des contrats de bonne foi. L'usure est prohibée et « *la marchandise doit être si loyale que nul n'en soit déçu par des vices* ». Sous l'Ancien Régime, étaient sanctionnées des pratiques proches des tromperies et les falsifications d'aujourd'hui⁶⁵⁴. De même, les exigences de qualité des artisans et des maitres-artisans étaient assurées par les corporations.

636. Il convient de souligner qu'au fur et à mesure, les réglementations relatives à la protection du consentement des consommateurs ont porté sur la pérennité de la relation contractuelle mais également sur la protection de l'intégrité du consentement des consommateurs et sur la qualité de l'information qui doit être donnée au consommateur.

637. Le droit de la consommation est né d'une conception contemporaine de la protection qui doit être offerte aux consommateurs. C'est la réponse apportée à l'insuffisance que représentent le droit civil et les mécanismes traditionnels pour protéger les consommateurs face aux pratiques abusives dont ils sont victimes dès la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle. Le droit de la consommation répond alors aux défis à venir que la révolution commerciale a lancé aux pouvoirs publics en matière de protection des consommateurs.

638. En effet, le droit commun et les mécanismes traditionnels de droit civil dont, la théorie des vices du consentement se sont avérés inappropriés et incapables de protéger

⁶⁵⁴ D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Debure père, Paris, 1771, t. III, p. 370 : était alors sanctionné « *celui qui vend une chose pour une autre* ». De même, que ceux « *qui vendent des choses mixtionnées pour des choses pures ; qui mêlent du suif ou de la térébenthine avec de la cire et qui vendent ensuite mélange comme de la cire pure ; de ceux qui mêlent de l'eau dans le vin et en général de tout ceux qui font des mélanges ou mixtions désavantageuses au public, et qui falsifient les marchandises...* ».

les consommateurs. La création d'un nouveau droit de la consommation dont les règles reposent sur l'équité se pose comme une nécessité.

En effet, le Professeur Jean CALAIS-AULOY résumait parfaitement cette situation : « *En France, se développe le sentiment que les consommateurs sont les victimes du système et, par voie de conséquence, se multiplient les textes et les organismes chargés de les protéger. Le développement d'un droit particulier est nécessaire parce que le droit commun est insuffisant à protéger le consommateur successeur de l'acheteur du Code civil de 1804* »⁶⁵⁵.

639. En effet, jusqu'en dans les années 60-70, pour l'essentiel, la protection des consommateurs était assurée, par les règles générales du droit des contrats et des obligations. Les règles et les mécanismes de droit civil permettent certes de sanctionner certains abus ou pratiques abusives tels que la théorie des vices du consentement mais ils ne peuvent pas prendre en compte tous les abus.

Dès lors, ces règles et ces mécanismes du droit civil apparaissent inefficaces et inadéquats pour les consommateurs. Pour les Professeurs Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, il faut des règles nouvelles prenant une « *dimension préventive et collective que n'ont pas celles du Code civil* »⁶⁵⁶.

640. Par ailleurs, les juristes partent du postulat qu'il existe un déséquilibre inhérent à toute relation entre consommateurs et professionnels, autrement dit entre le non-professionnel et le professionnel.

De ce postulat, ils en déduisent une absence de consentement libre et éclairé donné par le consommateur au professionnel en raison de l'état de vulnérabilité (faiblesse économique ou d'ignorance) du consommateur lors de la négociation.

⁶⁵⁵ J. CALAIS-AULOY, « La protection légale et réglementaire du consommateur - Lacunes et excès », in *Nouvelles données pour un droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 1974, p. 49.

⁶⁵⁶ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 23, §21.

Dès lors ils se placent dans un mouvement de contestation de « *l'autonomie de la volonté, de la liberté contractuelle et de l'individualisme du Code civil* »⁶⁵⁷.

C'est ainsi, le droit de la consommation est un droit d'exception, en somme comme le qualifie le Professeur Jean BEAUCHARD « *un droit de réaction contre les excès de la société de consommation et sans doute plus encore de la Révolution commerciale* »⁶⁵⁸.

641. C'est dans les années 70 que le droit de la consommation s'est développé. Il s'est construit par étapes par étapes, par coup de lois spéciales⁶⁵⁹ unité de rédaction ou de terminologie⁶⁶⁰, d'autorité⁶⁶¹, de domaine d'application⁶⁶² et par conséquence sans véritable stabilité non plus. Pourtant il y a, indubitablement, une cohérence certaine. Ces textes législatifs s'inscrivent dans le mouvement consumériste et visent à améliorer la protection des consommateurs.

642. Le droit moderne de la consommation cherche à s'inscrire dans « *un consumérisme mesuré et pragmatique, qui ne rejette pas le système économique, mais a le souci de*

⁶⁵⁷ J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 1996, p. 31.

⁶⁵⁸ J. BEAUCHARD, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁵⁹ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, *JORF*, 23 décembre 1972, p. 13348 ; Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (dite loi SCRIVENER), *JORF*, 11 janvier 1978, p. 299 ; Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (dite loi SCRIVENER), *JORF*, 11 janvier 1978, p. 301 ; Loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs et modifiant diverses dispositions de la loi du 1 août 1905, *JORF*, du 22 juillet 1983, p. 2262 ; Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, *JORF*, 6 janvier 1988, p. 219 ; Loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de « télé-achat », *JORF*, 7 janvier 1988, p. 271 ; Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, *JORF*, 29 juin 1989, p. 8047 ; Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles (dite loi NEIERTZ), *JORF*, 2 janvier 1990, n° 1, p. 18 ; Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, *JORF*, 21 janvier 1992, n° 170017, p. 968.

⁶⁶⁰ J. BEAUCHARD, *Ibid*, p. 31.

⁶⁶¹ D. FERRIER, *La protection des consommateurs*, coll. Connaissance du Droit, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 1996, p. 9.

⁶⁶² D. FERRIER, *op. cit.*, p. 9.

défendre l'intérêt des consommateurs en dénonçant les abus ou les malhonnêteté, petits ou grands, qui peuvent être commis par les professionnels »⁶⁶³.

Le contexte de l'émergence du droit de la consommation et celui de l'adoption d'un régime traitant de la contrainte économique a été largement motivé par le contexte communautaire juridique en pleine mutation dont le but était de mettre en place les réglés nécessaires afin de protéger suffisamment les consommateurs face aux abus dont ils étaient victimes.

b. Un contexte juridique influencé par les législations étrangères

643. Le droit interne de la consommation s'est développé dans un contexte juridique communautaire particulièrement dévoué à l'évolution législative consumériste. L'évolution de la politique de consommation au niveau communautaire s'est faite elle-même par étapes et ce, concomitamment à la construction de l'Union Européenne. L'une de ces étapes est marquée par l'émergence de la politique de concurrence communautaire (i) et l'autre étape importante correspond à la consécration de la politique communautaire de protection des consommateurs (ii).

⁶⁶³ J. BEAUCHE, *Ibid*, p. 35.

i. L'émergence de la politique communautaire de protection des consommateurs

644. Le Traité de Rome signé le 25 mars 1957⁶⁶⁴ étant antérieur au mouvement consumériste, il ne comporte aucune règles relatives à la protection des consommateurs. De ce fait, la politique de consommation n'est pas incluse dans la politique commune de la Communauté.

645. Ce n'est qu'à partir des années 70 que la politique de consommation communautaire va être mise en place. Cette étape cruciale fait suite au sommet des chefs d'Etat et de gouvernement à Paris en 1972 où a été exprimé, pour la toute première fois, la volonté claire des Etats Membres, de prendre des mesures directement liées à la définition d'une politique commune de protection des consommateurs⁶⁶⁵.

646. En 1973, est créé le premier comité consultatif des consommateurs européens dont la mission est de représenter les intérêts des consommateurs auprès de la Commission européenne et de donner des avis sur tous les problèmes relatifs à la conception et à la mise en oeuvre des actions en matière de protection et d'information des consommateurs⁶⁶⁶.

En avril 1975, pour la toute première fois, le Conseil de la communauté économique européenne a adopté une résolution⁶⁶⁷ concernant un programme d'action préliminaire pour la protection et l'information du consommateur permettant de donner action aux conclusions dégagées par le sommet de Paris de 1972. Cette politique préliminaire de

⁶⁶⁴ Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (dit traité de Rome), EUR-Lex <<http://eur-lex.europa.eu>>.

⁶⁶⁵ T. BOURGOIGNIE, « Droit et politique communautaires de la consommation - Une évaluation des acquis », in *Etudes de Droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 96.

⁶⁶⁶ S. SERNHEIM-DESVAUX, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., coll. Panorama Du Droit, série Licence-Master, Studyrama, Paris, 2011, p. 34.

⁶⁶⁷ Conseil des Communautés européennes, *Résolution concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs*, 14 avril 1975, JOUE, 25 avril 1975, n° C 92, p. 1.

protection des consommateurs s'organise autour de cinq droits fondamentaux : le droit à la protection de la santé et à la sécurité, le droit à la protection des intérêts économiques, le droit à la réparation des dommages, le droit à l'information et à l'éducation, le droit à la représentation⁶⁶⁸.

647. Cet acte est considéré comme « *l'acte de naissance de la politique communautaire de la protection des consommateurs* »⁶⁶⁹.

Pour la première fois, la politique de consommation qui est prônée est non seulement rattachée à des considérations économiques liées au fonctionnement du marché intérieur mais également à des considérations sociales (reconnaissance de droits fondamentaux, justice distributive, idéal démocratique, prise en compte des intérêts collectifs des consommateurs)⁶⁷⁰.

Le 19 mai 1981, le Conseil de la communauté économique européenne a adopté un second programme pour une politique de protection et d'information des consommateurs reprenant les droits fondamentaux posés par le programme de 1975 en insistant sur le rôle majeur du dialogue entre producteurs et consommateurs⁶⁷¹.

648. Le mouvement commence alors à trouver son écho au niveau de la législation européenne mais toutefois aucune des dispositions ayant été prises ne sont inscrites dans le Traité instituant la Communauté européenne.

Par conséquent, il n'existe aucune base légale sur laquelle la Communauté peut se fonder pour d'éventuelles actions, il en ait de même pour les citoyens. De fait, les mesures déjà prises ont une valeur très limitée. Par ailleurs, cela met en perspective le manque d'indépendance des dispositions relatives à la protection des consommateurs qui sont liées et envisagées à travers la réalisation du marché intérieur. En effet, la Communauté ne peut intervenir qu'en se fondant sur les « *dispositions générales relatives à la*

⁶⁶⁸ S. SERNHEIM-DESVAUX, *Ibid*, p. 34 ; Y. PICOD, H. DAVO, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., coll. Université, Sirey, Paris, 2010, p. 10, §14.

⁶⁶⁹ Y. PICOD, H. DAVO, *op. cit.*, p. 10, §14.

⁶⁷⁰ T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 97.

⁶⁷¹ Y. PICOD, H. DAVO, *Ibid*, p. 10, §14.

réalisation du marché commun ou des dispositions particulières relatives à des politiques ou des actions communes pouvant avoir une incidence sur la protection du consommateur »⁶⁷². La politique de protection du consommateur n'est pas reconnue en tant que telle. Elle n'est envisagée que par le biais de la politique du marché intérieur.

649. Toutefois, il convient de souligner que ces dispositions ont été très peu utilisées en pratique car elles ne se sont pas fondées sur le Traité CE qui ne contient aucune base juridique spécifique⁶⁷³ de protection des consommateurs. Elles sont moins de valeur juridique.

En effet, les acteurs européens n'ont cessé d'envisager la politique de protection du consommateur à travers la notion de marché intérieur. La politique de protection des consommateurs n'est envisagée que dans le contexte d'un dessein plus grand celui du marché intérieur. Le législateur européen n'a pas offert l'indépendance tant nécessaire à l'existence de la politique de protection des consommateurs.

Par conséquent, la légitimité des institutions européennes à agir en cette matière est incertaine en raison de l'absence même de base juridique spécifique dans le Traité⁶⁷⁴.

650. L'unanimité des Etats Membres alors nécessaire pour la mise en place de mesures dont le but est de promouvoir la protection du consommateur ; unanimité particulièrement difficile à atteindre⁶⁷⁵ explique également que ces dispositions aient été peu utilisées.

651. C'est ainsi que la nécessité d'une harmonisation plus poussée par le biais du Traité CE se fait lourdement sentir.

Par ailleurs, le faible recours aux dispositions en pratique met en perspective la nécessité de continuer la reconnaissance claire et indépendante de la politique de protection du consommateur au niveau communautaire. Autrement dit, une reconnaissance de la

⁶⁷² Y. PICOD, H. DAVO, *Ibid*, p. 11, §16.

⁶⁷³ T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 98.

⁶⁷⁴ T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 98.

⁶⁷⁵ T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 98.

politique communautaire de consommation indépendante de la politique relative au marché intérieur.

D'ailleurs, plusieurs causes démontrent cette nécessité de poursuivre. En effet, plus l'Union Européenne s'agrandit, plus le marché commun s'élargit et plus les considérations économiques et sociales trouvent un écho dans la recherche et la mise en place d'une politique communautaire de protection du consommateur. De même, l'agrandissement du marché intérieur conduit à des distorsions de concurrence toujours plus nombreuses et intuitives entraînant toujours plus de comportements abusifs à l'encontre des consommateurs⁶⁷⁶.

652. Enfin, depuis l'arrêt CASSIS DE DIJON⁶⁷⁷, l'action menée par la CJUE a permis d'ériger la protection du consommateur au stade d'exception légitime aux dispositions relatives à la libre circulation des produits et des services. La CJUE opère une harmonisation dite « négative » en éliminant les entraves aux échanges en application de dispositions nationales en violation avec les dispositions européennes⁶⁷⁸.

L'harmonisation négative est par définition symptomatique de la nécessité d'une harmonisation positive plus poussée réclamant ici une consécration de la politique communautaire de protection des consommateurs.

⁶⁷⁶ T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 99 et s.

⁶⁷⁷ CJCE, aff. 120/78, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (dit affaire Cassis de Dijon), *Rec.*, 1979, p. 649. Dans cette affaire, la Cour était en présence d'un litige né du refus des autorités allemandes de commercialiser sur le territoire allemand du Cassis de Dijon en raison d'une réglementation nationale interdisant la commercialisation sur le marché national des alcools destinés à la consommation humaine, dont la teneur en alcool de vin est inférieure à 32%. Or, la liqueur Cassis de Dijon que souhaitait commercialiser la société Rewe-Zentral avait une teneur en esprit de vin de 15 à 20%.

⁶⁷⁸ T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 100.

ii. La consécration de la politique communautaire de protection des consommateurs

653. Il faut attendre l'Acte unique européen en 1986 pour que soient introduit dans le traité CE des dispositions relatives à la santé et à la sécurité des consommateurs⁶⁷⁹.

654. Au début des années 90, à l'occasion de la révision du Traité instituant une Communauté Européenne de politique communautaire de consommation⁶⁸⁰ est consacrée. La politique de protection des consommateurs se voit attribuer une réelle autonomie, une indépendance vis-à-vis de la politique relative au marché intérieur. La politique de protection des consommateurs n'est plus une sorte d'« *accessoire* »⁶⁸¹ ou de « *sous-produit* »⁶⁸² au service de la politique principale relative au marché intérieur.

655. Ainsi, en 1992 le Traité de Maastricht intègre au traité sur l'Union européenne un nouveau titre, Titre XI, intitulé « Protection des consommateurs » au sein duquel il est prévu, au titre de l'article 129A que « *la Commission contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs* »⁶⁸³. Autrement dit, la protection du consommateur est, pour la première fois, confirmée comme politique commune⁶⁸⁴. Dès

⁶⁷⁹ Y. PICOD, H. DAVO, *Ibid*, p. 10, §15.

⁶⁸⁰ T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 95.

⁶⁸¹ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., coll. Litec professionnels, série Droit commercial, LexisNexis, Paris, 2011, p. 11, §14.

⁶⁸² T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 98.

⁶⁸³ Art. 129 A du TUE : « 1. la Communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs par : a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 100 A dans le cadre de la réalisation du marché intérieur; b) des actions spécifiques qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres en vue de protéger la santé, la sécurité et les intérêts économiques des consommateurs et de leur assurer une information adéquate. 2. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 189B et après consultation du Comité économique et social, arrête les actions spécifiques visées au paragraphe 1 point b. 3. Les actions arrêtées en application du paragraphe 2 ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes. Ces mesures doivent être compatibles avec le présent traité. Elles sont notifiées à la Commission ».

⁶⁸⁴ T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 95.

lors les institutions européennes peuvent se fonder sur « *une base légale explicite pour les actions communautaires en matière de protection des consommateurs* »⁶⁸⁵.

656. D'une part, cet article démontre l'indépendance de la politique communautaire de protection des consommateurs vis-à-vis de la politique relative à la réalisation du marché intérieur. D'autre part, il permet d'offrir une légitimité aux actions des institutions européennes en matière de protection des consommateurs en lui offrant une base juridique plus solide.

657. En 1997, à l'occasion du Traité d'Amsterdam révisant le traité instituant la Communauté européenne, quelques modifications⁶⁸⁶ ont été apportées sans pour autant en modifier la teneur (l'article 129A devenant l'article 153 (par la suite Article 169 TFUE)). A cette occasion, le Professeur Thierry BOURGOIGNIE déclare que : « *le caractère diffus et horizontal de la politique de protection du consommateur* »⁶⁸⁷ est confirmé.

658. Le 7 décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose, dans un article 38, qu'« *un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union* ». La présence de cette disposition au sein de la Charte des droits fondamentaux est une étape significative. D'autant plus que la Charte des droits fondamentaux dans une nouvelle version proclamée à Strasbourg le 12 décembre 2007 est reconnue par le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Elle acquiert ainsi la même valeur que les Traités⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 101.

⁶⁸⁶ Parmi les modifications, l'éducation du consommateur et la représentation des consommateurs s'ajoutent à la liste des objectifs de la politique communautaire de protection du consommateur. Par ailleurs, le principe d'intégration de la politique de protection du consommateur dans les autres politiques communautaires est posé.

⁶⁸⁷ T. BOURGOIGNIE, *Ibid*, p. 103.

⁶⁸⁸ Art. 6, §1 du TUE. Autrement dit, elle est opposable et les citoyens peuvent saisir le juge pour annuler des actes qui violeraient les dispositions de ladite charte.

659. Aujourd'hui, la protection des consommateurs est devenue un objectif en soit de la politique communautaire, et ce indépendamment de la politique relative au fonctionnement du marché intérieur. Le droit communautaire de la consommation gagne de nouveaux terrains alors jamais abordé au niveau communautaire élargissant sensiblement son domaine d'application. La politique communautaire de protection du consommateur semble avoir de beaux jours devant elle. La protection du consommateur n'est pas une compétence réservée à l'union Européenne mais elle repose sur l'action des Etats Membres. L'Union Européenne n'intervient que lorsqu'un Etat Membre n'intervient pas suffisamment.

660. La France a construit sa politique de consommation dans le temps par plusieurs réformes législatives. C'est ainsi que le régime relatif à l'exploitation abusive de faiblesse et d'ignorance traitant de la contrainte économique a été modelé.

B. L'ÉVOLUTION LÉGISLATIVE DE L'ABUS DE FAIBLESSE ET D'IGNORANCE : UNE CONSTRUCTION DANS LE TEMPS

661. C'est par la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile⁶⁸⁹ que le législateur a, pour la première fois reconnu et traité la contrainte économique au sein du droit de la consommation.

L'article 7 de ladite loi prévoit et pose le régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance : *« Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 3.600 F à 36.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les*

⁶⁸⁹ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, *JORF*, 23 décembre 1972, p. 13348.

circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ».

662. Il s'agit d'un abus commis par le professionnel qui va abuser, dans des circonstances particulières, de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne qui n'est pas en mesure d'apprécier la portée de ses engagements ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre ou la contraindre en abusant de sa situation avantageuse de force économique, et réciproquement, en abusant de la faiblesse économique ou de l'ignorance de la personne⁶⁹⁰.

663. Le régime initial de l'abus de faiblesse et d'ignorance est très verrouillé. Le domaine d'application est strictement encadré. Seules certaines circonstances d'achat sont concernées le démarchage et la vente à domicile. Il en est de même pour les modes de paiement.

Par conséquent, les comportements abusifs pouvant tomber sous le coup de l'abus de faiblesse et d'ignorance sont extrêmement limités. Seules certaines situations de contrainte économiques sont alors traitées par ce régime, ce qui porte atteinte à l'efficacité de la lutte contre la contrainte économique.

664. En effet, pour démontrer l'existence d'un abus de faiblesse ou d'ignorance, il faut apporter la preuve de l'existence que le consommateur est en situation de faiblesse ou d'ignorance, un comportement abusif de la part du professionnel tirant profit de la situation de faiblesse ou d'ignorance du consommateur, d'un démarchage (compris dans la liste limitative posée par le législateur), la souscription d'un engagement, et de

⁶⁹⁰ J.-P. BILLON-LANFREY, *Droit de la concurrence et de la consommation*, coll. Les règles de base pour faire du commerce, Le génie des glaces, Chambéry, 1999, p. 211 ; COLLECTIF FRANCIS LEFEBVRE, *Concurrence, Consommation 2007-2008*, coll. Mémento Pratique Francis Lefebvre, série Droit des affaires, Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2007, p. 302, §1090 ; N. SAUPHANOR, *L'influence du Droit de la consommation sur le système juridique*, coll. Bibliothèque de Droit privé, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 168, §267 ; J.-H. ROBERT, H. MATSOPOULOU, *Traité de Droit pénal des affaires*, coll. Droit Fondamental, P.U.F., Paris, 2004, p. 626, §462.

l'existence d'un élément moral : la connaissance par le professionnel de la situation de la faiblesse ou l'ignorance dans laquelle se trouve le consommateur et la volonté du professionnel t'en tirer profit.

665. La caractérisation d'un abus de faiblesse ou d'ignorance requiert la démonstration d'un certain nombre d'éléments qui a pour effet d'alourdir la charge de la preuve, de limiter grandement le champ d'application du régime, et qui tend, *in fine*, à freiner la lutte contre la contrainte économique.

666. Pour rectifier cette situation, le législateur va intervenir à plusieurs reprises pour ouvrir le domaine d'application de l'abus de faiblesse et d'ignorance afin d'améliorer le traitement de la contrainte économique.

667. Ce régime initial fera l'objet de quelques modifications par la loi du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs⁶⁹¹ et par la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs⁶⁹² qui vient préciser et élargir considérablement le domaine d'application du régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance.

Elle ajoute un nombre considérable de circonstances d'achat concernées par le régime et pouvant tomber sous le coup de l'abus de faiblesse ou d'ignorance⁶⁹³. De même, dans l'optique d'offrir à ce régime le champ d'application le plus large possible, le législateur

⁶⁹¹ Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, *JORF*, 29 juin 1989, p. 8047.

⁶⁹² Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, *JORF*, 21 janvier 1992, n° 170017, p. 968.

⁶⁹³ Art. 1^{er}, al. 2nd de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, *JORF*, 21 janvier 1992, n° 170017, p. 968 : « [...] *Sont également soumis à ces dispositions les engagements obtenus : - soit à la suite d'un démarchage par téléphone ou télécopie ; - soit à la suite d'une sollicitation personnalisée, sans que cette sollicitation soit nécessairement nominative, à se rendre sur un lieu de vente, effectuée à domicile et assortie de l'offre d'avantages particuliers ; - soit à l'occasion de réunions ou d'excursions organisées par l'auteur de l'infraction ou à son profit ; - soit lorsque la transaction a été faite dans des lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé ou dans le cadre de foires ou de salons ; - soit lorsque la transaction a été conclue dans une situation d'urgence ayant mis la victime de l'infraction dans l'impossibilité de consulter un ou plusieurs professionnels qualifiés, tiers au contrat [...]* ».

a profité de cette occasion pour élargir également les modes de paiement pouvant être concernés⁶⁹⁴.

Ces modifications permettant d'allouer au régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance un domaine d'application très vaste.

Ces modifications dénotent, de la volonté du législateur d'améliorer et de renforcer l'efficacité de la lutte contre la contrainte économique.

668. Par la loi du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation⁶⁹⁵, le régime de l'abus de faiblesse va être codifié au sein du nouveau Code de la consommation. Cette codification aura pour conséquence d'abroger la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile. Le régime de l'abus de faiblesse est repris et est codifié aux articles L.122-8 à L.122-11 du nouveau Code.

L'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation⁶⁹⁶ a déplacé le régime aux articles L.121-8 à L.121-10⁶⁹⁷ au titre du Livre I^{er} intitulé « Information des consommateurs et pratiques commerciales », et sous le Titre II « Pratiques commerciales interdites et pratiques commerciales réglementées », sous un Chapitre I^{er} « Pratiques commerciales interdites » au sein d'une Section 2 : « Abus de faiblesse ».

⁶⁹⁴ Art. 1^{er}, al. 3 de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, *JORF*, 21 janvier 1992, n° 170017, p. 968 : « [...] Les dispositions qui précèdent sont applicables à quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour se faire remettre, sans contreparties réelles, des sommes en numéraire ou par virement, des chèques bancaires ou postaux, des ordres de paiement par carte de paiement ou carte de crédit, ou bien des valeurs mobilières, au sens de l'article 529 du Code civil ».

⁶⁹⁵ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation (partie législative), *JORF*, 27 juillet 1993, n° 171, p. 10538.

⁶⁹⁶ Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, *JORF*, 16 mars 2016, n° 64.

⁶⁹⁷ Les sanctions sont prévues aux articles L.132-13 à L.132-15 du C. cons.

Le régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance ainsi incriminé au titre des pratiques commerciales interdites relève de l'ordre public consommériste c'est-à-dire de l'ordre public économique de protection.

669. Le régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance va connaître trois modifications notables.

En effet, la première réforme est portée par la loi du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal⁶⁹⁸ qui modifie les sanctions de l'abus de faiblesse et d'ignorance prévues à l'article L.122-8 du Code de consommation.

Elle supprime les peines planchers des peines d'emprisonnement. Elle passe d'un an minimum à 5 ans maximum uniquement.

Le législateur supprime également la peine plancher du montant de l'amende qui est de 6 000 Francs. Le montant maximum est fixé à 60 000 Francs⁶⁹⁹. Les peines sont moins sévères.

Ce qui est difficile à comprendre eu égard à la loi du 18 janvier 1992 dont le but était de renforcer la protection des consommateurs⁷⁰⁰ en offrant un large domaine d'application au régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance afin de dynamiser la lutte contre la contrainte économique.

⁶⁹⁸ Art. 322 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *JORF*, 23 décembre 1992, n° 0298, p. 17568 : « *Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 60 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement [sanctions pénales], lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte* ».

⁶⁹⁹ Modification du montant de l'amende qui passe de 6000 Francs à 9000 euros lors du passage à l'euro prévue par l'art. 3 de l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, *JORF*, 22 septembre 2000, n° 0220, p. 14877.

⁷⁰⁰ Art. 1 de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, *JORF*, 21 janvier 1992, n° 170017, p. 968.

670. La seconde modification importante du régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance a été apportée par la loi LME du 4 août 2008⁷⁰¹ qui a introduit au sein du système punitif relatif au régime de l'abus de faiblesse des peines complémentaires. Le législateur interdit de « *soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale* »⁷⁰².

671. Ainsi, la loi LME du 4 août 2008⁷⁰³ n'harmonise aucunement, ni *a maxima* ni *a minima*, les régimes d'abus de faiblesse et de vulnérabilité du droit de la consommation et du droit pénal des affaires.

Par conséquent, le législateur refuse de prendre en compte et d'appliquer les recommandations du rapport COULON.

672. Le régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance a connu une dernière évolution qui prévoit des sanctions sont plus dissuasives. Le but est de rendre le régime de l'abus de faiblesse plus sévère et par conséquent moins « attractif » pour les auteurs qui considèrent ce régime comme étant particulièrement lucratif.

673. En effet, la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation⁷⁰⁴ opère une modification particulièrement importante du régime.

⁷⁰¹ Art. 71 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite loi LME), *JORF*, 5 août 2008, n° 0181, p. 12471.

⁷⁰² Art. 71 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite loi LME), *JORF*, 5 août 2008, n° 0181, p. 12471.

⁷⁰³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite loi LME), *JORF*, 5 août 2008, n° 0181, p. 12471.

⁷⁰⁴ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF*, 18 mars 2014, n° 0065, p. 5400. L'article 130 de ladite loi apporte quelques modifications à l'article L.122-8 du C. cons. qui est codifié aujourd'hui aux articles L.121-8 à L. 121-10 du C. cons. (pour le régime de l'abus de faiblesse) et aux articles L.132-13 à L.132-15 du C. cons. (pour les sanctions relatives à l'abus de faiblesse).

Concernant les peines principales, la durée maximum de la peine de prison passe de 5 ans à 3 ans. Puis, l'augmentation considérable du montant maximum de l'amende qui passe de 9 000 euros à 375 000 euros⁷⁰⁵ tranche avec la clémence du législateur sur la durée de la peine de prison.

Ces modifications relatives aux peines font écho aux suggestions du rapport COULON sur la dépénalisation de la vie des affaires⁷⁰⁶ qui préconisait qu'à défaut d'opérer une harmonisation des deux incriminations existantes et sanctionnant, toutes les deux, les abus de faiblesse, au sein du droit de la consommation et au sein du droit pénal des affaires, de supprimer l'une d'entre elles, de réaliser, au moins, une harmonisation des peines de ces infractions, au profit de celle du droit pénal des affaires.

674. Il semblerait que, dans un souci de cohérence et d'efficacité, le législateur, à l'occasion de cette nouvelle réforme du régime de faiblesse en droit de la consommation, ait décidé d'appliquer six ans après les recommandations du Rapport COULON.

Toutefois, il faut souligner que l'harmonisation que la loi du 17 mars 2014 met en place ne se fait qu'*a minima*. Le législateur applique les recommandations du Rapport COULON que dans leur moindre mesure. Le législateur a préféré une harmonisation *a minima* des sanctions des régimes d'abus de faiblesse en droit de la consommation et d'abus de vulnérabilité en droit pénal des affaires plutôt qu'une harmonisation *a maxima* de ces régimes afin de ne retenir qu'un seul régime commun au droit de la consommation et au droit pénal des affaires.

⁷⁰⁵ Art. 130, al. 1^{er}, VII, 1^o de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF*, 18 mars 2014, n° 0065, p. 5400 : « *Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement [...]* ».

⁷⁰⁶ Dir. J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires* (dit Rapport COULON), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, coll. Collection des rapports officiels, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, Paris, 2008, p. 41.

675. Autrement dit, à défaut d'harmoniser les deux régimes d'abus de faiblesse et de vulnérabilité en droit de la consommation et droit pénal des affaires, il décide de n'harmoniser que les sanctions de ces régimes.

676. La loi du 17 mars 2014, ayant harmonisé les sanctions retenues par le régime de l'abus de faiblesse en droit de la consommation, a adopté pour le système punitif mis en place par la loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales⁷⁰⁷.

677. En tout état de cause, cette évolution étonnante et pour le moins heureuse, porte clairement la forte volonté de punir sévèrement la personne déclarée responsable. Il s'agit d'une augmentation particulièrement forte. Le montant maximum de l'amende a été multiplié par presque 42 !

Elle constitue une belle avancée notamment au regard de la faible répression pécuniaire et pénale dont ce régime faisait l'objet depuis la loi du 16 décembre 1992⁷⁰⁸ et qui avait privé ce régime d'effet dissuasif, pouvant provoquer, peut être, le sentiment inverse...

678. Le caractère dissuasif et la modernité souhaitée par le gouvernement pour ce régime et de manière générale pour le droit de la consommation n'aurait-il pas été plus complet par la mise en place des dommages et intérêt punitifs ?

Ces réformes mettent en lumière le fait que le législateur a préféré, la répression pécuniaire à la répression pénale mettant en exergue le recul, ici, de la répression pénale

⁷⁰⁷ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, *JORF*, 13 juin 2001, n° 135, p. 9337.

⁷⁰⁸ Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *JORF*, 23 décembre 1992, n° 0298, p. 17568.

en matière contractuelle. La répression pécuniaire deviendrait-elle la sanction naturelle de l'abus de faiblesse et d'ignorance ?

679. La plus innovante des évolutions concerne certainement, la nouvelle peine pécuniaire prévue à l'alinéa 2nd de l'article 130 de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation⁷⁰⁹ qui déclare que : « *le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits* ». Il s'agit effectivement d'un nouveau type de sanction et plus précisément une nouvelle manière de déterminer le montant de l'amende.

680. Cette évolution loin être anodine marque, incontestablement, la volonté du législateur de répondre avec sévérité aux auteurs de l'abus de faiblesse et d'ignorance afin de rendre ces sanctions plus dissuasives et ainsi de rendre le régime moins attractif.

Cette réforme prend en compte les gains « extorqués » par les auteurs pour calculer et déterminer le montant de l'amende. Autrement dit, le niveau de malhonnêteté des auteurs lors de l'infraction influence directement et proportionnellement le montant de l'amende. La mauvaise foi pèse régulièrement sur la détermination des peines retenues mais toujours limité, par un plafond imposé par la loi. Ici, il n'y a de plafond. En ce sens que cette nouvelle manière de déterminer le montant des peines est innovantes.

681. Le seul regret est la frilosité du législateur à mettre en place un système de dommages et intérêts punitifs. D'autant plus que cette nouvelle sanction pécuniaire s'inscrit dans le même état d'esprit que celui des dommages et intérêts punitifs à savoir « *l'indemnisation d'un dommage et (qui est également) destinée à sanctionner le comportement de l'auteur du dommage dans un but d'exemplarité* »⁷¹⁰.

⁷⁰⁹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF*, 18 mars 2014, n° 0065, p. 5400.

⁷¹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., coll. Quadrige dicos poche, P.U.F., Paris, 2011, p. 366 : v. dommages et intérêts punitifs (dommage II).

682. Enfin, pour la première fois, le législateur retient la nullité de plein droit : « *Lorsqu'un contrat est conclu à la suite d'un abus de faiblesse, celui-ci est nul et de nul effet* »⁷¹¹. Nouveauté qui inscrit encore une fois, dans la politique de sévérité d'intolérance concernant l'abus de faiblesse et d'ignorance.

683. Les peines complémentaires ont également fait l'objet de quelques évolutions et qui ne concernent que les personnes morales reconnues responsables de la présente infraction.

Il convient de noter que pour la première fois, les personnes morales peuvent faire l'objet de peines complémentaires.

En effet, l'alinéa 4 de l'article 130 de la loi du 17 mars 2014⁷¹² prévoit que dans le cas où une personne morale serait condamnée à la présente infraction et que cette infraction serait réalisée pour son compte, par ses organes ou ses représentants, elle encourt comme a son habitude, le taux maximum de l'amende lui est applicable soit égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques⁷¹³.

Elle peut se voir interdire, « *à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales* » (article 131-39, 2° du Code pénal) ; ou également, elle se voir « *imposer l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique* » (article 131-39, 2° du Code pénal).

⁷¹¹ Art. 130, al. 5, VII, 2° de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF*, 18 mars 2014, n° 0065, p. 5400.

⁷¹² Art. 130, al. 4, VII, 2° de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF*, 18 mars 2014, n° 0065, p. 5400 : « *Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du même Code, de l'infraction définie au présent article encourtent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 dudit Code, les peines prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du même Code. L'interdiction mentionnée au 2° du même article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les peines prévues aux 2° à 7° dudit article ne peuvent être prononcées que pour une durée de cinq ans au plus* ».

⁷¹³ Art. 131-38, al. 1^{er} du C. pén. : cette sanction existait déjà, elle n'est pas nouvelle comme l'indique le législateur dans la lettre du texte en utilisant le terme « outre ».

684. La loi du 17 mars 2014 opère des modifications importantes du régime de l'abus de faiblesse mettant en exergue la volonté du législateur de rendre la lutte contre la contrainte économique plus efficace. Ce qui implique impérativement un régime moins attractif et donc des sanctions plus sévères et plus dissuasives.

685. Cependant, la volonté du législateur de réformer et d'améliorer la lutte de la contrainte économique ne s'est pas arrêté là. La contrainte économique s'est propagée comme une gangrène vers le droit pénal des affaires. Pour faire face le législateur a mis en place un régime permettant de prendre en compte la contrainte économique. Il souhaitait également que ce nouveau régime puisse toucher des vulnérabilités qui sont exclues du domaine consumériste et qui n'ont pas pu tomber sous le coup du régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance en droit de la consommation. C'est dans cette optique que le législateur décide d'incriminer au titre du droit pénal des affaires l'abus de frauduleux de faiblesse et de la situation de détresse.

PARAGRAPHE II. LA RÉCEPTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE AU TITRE DE L'ABUS DE VULNÉRABILITÉ : UNE CONSTRUCTION AUDACIEUSE

686. Le Code pénal de 1810 incriminait le délit d'abus de faiblesse concernant les mineurs au titre de l'article 406 qui sanctionnait « *quiconque aura abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur, pour lui faire souscrire, à son préjudice, des obligations, quittances ou décharges, pour prêt d'argent ou de choses mobilières, ou d'effets de commerce et de tous autres effets obligatoires, sous quelque forme que cette négociation ait été faite ou déguisée, sera puni d'un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus, et d'une amende de 3.600 F à 2.500.000 F au plus (...)* ».

687. Il s'agissait d'une infraction proche de l'abus de confiance⁷¹⁴ et qui était en « *rapport étroit avec l'usure* »⁷¹⁵ qui ne concernait que les mineurs. Cette infraction, peu utilisée, est tombée en désuétude⁷¹⁶.

688. Lors de l'adoption du nouveau Code pénal de 1992, le législateur décide de moderniser et d'élargir le délit et d'instituer un nouveau délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse. Il sera incriminé au titre de l'article 313-4. Il concerne les mineurs et majeurs particulièrement vulnérables.

Il s'agit alors d'une infraction contre les biens, voisine à celle de l'escroquerie⁷¹⁷, dont le but est la protection du patrimoine des personnes victimes d'abus frauduleux les ayant obligés à passer un acte ou une abstention qui leur a été gravement préjudiciable. D'ailleurs, le préjudice devait être de nature patrimonial⁷¹⁸.

689. Il s'agit d'une évolution vis-à-vis du régime initial qui ne connaissait que des mineurs. Ce changement s'inscrit dans une volonté assumée du législateur d'ouvrir et ce régime à toutes les vulnérabilités indépendamment de la qualité de la victime (majeur ou mineur). De même, les consommateurs et les professionnels peuvent être victimes. L'objectif n'est pas la protection d'une catégorie de personnes pas en raison de leur qualité de consommateur ou de professionnels.

⁷¹⁴ J.-H. ROBERT, H. MATSOPOULOU, *Traité de Droit pénal des affaires*, coll. Droit Fondamental, P.U.F., Paris, 2004, p. 70, §20 ; C. AMBROISE-CASTEROT, *Droit pénal spécial et des affaires*, 2^{ème} éd., coll. Master, Gualino-Lextenso éditions, Paris, 2010, p. 129, §195.

⁷¹⁵ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., coll. Précis, série Droit privé, Dalloz, Paris, 2005, p. 203, §158 ; C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 129, §195.

⁷¹⁶ J.-H. ROBERT, H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, p. 71, §20 ; N. SAUPHANOR, *L'influence du Droit de la consommation sur le système juridique*, coll. Bibliothèque de Droit privé, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 170, §270 ; M. VERON, *Droit pénal des affaires*, 9^{ème} éd., coll. Cours Dalloz, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2011, p. 218.

⁷¹⁷ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., coll. Précis, série Droit privé, Dalloz, Paris, 2005, p. 203, §158 ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd., coll. Manuels, LexisNexis, Paris, 2013, p. 677, §1298 ; J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 160, §132-9.

⁷¹⁸ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., coll. Mémentos Dalloz, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006, p. 145.

690. Cette nouvelle rédaction de l'abus de faiblesse transcende, volontairement, le domaine d'application très restreint du régime d'abus de faiblesse au sein du droit de la consommation qui est particulièrement marqué par la logique consumériste et qui freine sensiblement le traitement de la contrainte économique.

691. Néanmoins, le législateur, trouvant le champ d'application trop limité et voulant lutter contre les mouvements sectaires, décide d'ouvrir le champ d'application du régime d'abus de faiblesse⁷¹⁹.

C'est ainsi que le régime de l'abus frauduleux de faiblesse et d'ignorance fut enrichie par la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales⁷²⁰.

692. En effet, l'article 20 de ladite loi abroge l'article 313-4 du Code pénal et créé l'article 223-15-2 du Code pénal.

Il déclare qu'« est puni de trois ans d'emprisonnement et de 2 500 000 F⁷²¹ d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente et connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.

Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter

⁷¹⁹ C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 129, §195.

⁷²⁰ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, *JORF*, 13 juin 2001, n° 135, p. 9337.

⁷²¹ L'équivalence lors du passage à l'euro : le montant est porté à 375 000 euros d'amende.

la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 5 000 000 F d'amende ».

693. Il s'agit de la situation où l'auteur de l'infraction abuse de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse de la victime en la poussant à accomplir un acte ou une abstention qui lui soit gravement préjudiciable dans le seul but d'en tirer profit. Pour ce faire, il faut apporter la preuve d'une particulière vulnérabilité, il faut une exploitation abusive et frauduleuse de cet état de particulière vulnérabilité, il faut que cette exploitation abusive ait conduit à un acte ou une abstention, il faut démontrer un préjudice grave, et enfin il faut apporter la preuve de l'élément intentionnel c'est-à-dire que l'auteur avait connaissance de la particulière vulnérabilité.

694. Par ailleurs et plus précisément, l'article 20 de ladite loi consacre toute une section complètement dédiée à ce délit (Section 6 bis « De l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse ») incriminant le délit au sein de trois articles dans le Code pénal (articles 223-15-2 à 223-15-4, les deux derniers traitant des peines complémentaires concernant respectivement les personnes physiques et morales).

695. La réforme ne se limite pas à une simple modification numéraire mais va bien au-delà.

Ayant dû faire face à la contestation de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme qui avait estimé que la création d'un délit spécifique aux manipulations mentales n'était pas opportune, le législateur a décidé d'étendre le domaine d'application initial de l'infraction de l'abus de faiblesse et d'y insérer la lutte contre les mouvements sectaires.

696. En effet, dans un souci de cohérence et d'efficacité, le législateur décide de traiter ce nouveau délit au sein du Livre II « Des crimes et délits contre les personnes », du Titre

II : « Des atteintes à la personne humaine » et au sein du Chapitre III « De la mise en danger de la personne ».

Le législateur a opéré un « *changement de valeurs protégées* »⁷²². Le délit de vulnérabilité n'est plus un délit contre les biens mais un délit contre les personnes (mineurs ou majeurs étant dans une situation de particulière vulnérabilité) dont l'objectif est la protection des personnes⁷²³ et plus précisément, la protection de l'intégrité du consentement et donc la lutte contre la contrainte économique.

697. Cette réforme profonde du régime de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse en droit pénal s'est fait simultanément avec les nombreuses réformes du régime de l'abus de faiblesse ou d'ignorance en droit de la consommation.

Cette réforme s'inscrit clairement, dans une volonté de moderniser et de dynamiser le traitement des abus de faiblesse et à travers eux la lutte contre la contrainte économique.

Le législateur a allégé la démonstration de l'élément matériel de l'infraction en remplaçant le terme « *obliger* » par celui de « *conduire* ». Par ailleurs, il permet de mieux mettre en perspective « *la persuasion inhérente à toute exploitation de la faiblesse ou de l'ignorance* »⁷²⁴.

698. Le régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance en droit pénal, contrairement au droit de la consommation, n'a pas connu, par la suite, de modifications, mis à part, celle très restreinte, opérée par la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures⁷²⁵.

⁷²² G. GIUDICELLI-DELAGE, *Ibid*, p. 145.

⁷²³ Même si certains auteurs rétorquent qu'« *en reprenant l'article 313-4 du Code pénal, l'article 223-15-2 du Code pénal est « pluri-défensif* » » : G. GIUDICELLI-DELAGE, *Ibid*, p. 146.

⁷²⁴ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Ibid*, p. 146.

⁷²⁵ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF*, 13 mai 2009, n°0110, p. 7920 qui prévoyait de remplacer à l'alinéa 1^{er} de l'article 223-15-2 du Code pénal, les mots : « *et connue* » par les mots « *ou connue* ». Ce qui permet de faciliter la démonstration de l'élément morale et d'alléger la charge de la preuve et donc faciliter quelque peu la démonstration de l'abus de faiblesse ou d'ignorance.

699. Une reconnaissance conjointe des abus de faiblesse et de vulnérabilité discutable. L'abus de faiblesse est incriminé en droit de la consommation depuis 1972 en tant que pratiques illicites et depuis 1810 en droit pénal des affaires.

A la suite des études respectives de l'abus de faiblesse et d'ignorance en droit de la consommation et de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance et de la situation de faiblesse en droit pénal des affaires, il ressort que ce sont deux infractions sont extrêmement proches.

700. D'ailleurs, elles poursuivent la même finalité : sanctionner les abus de faiblesse, protéger la liberté de choix de ces victimes et l'intégrité de leur consentement. En somme, lutter contre la contrainte économique.

Leurs régimes sont également très similaires : des conditions quasi-identiques et des sanctions très proches. Aussi, leur domaine d'application se chevauchent ouvrant la porte aux conflits de qualification. Pour certains, ces deux régimes peuvent aussi bien être en concurrence de qualification qu'en complémentarité car malgré des champs d'application voisins, ces régimes ne couvrent pas toujours les mêmes situations⁷²⁶.

701. Ainsi, il faut se questionner sur l'intérêt d'avoir deux infractions sanctionnant des comportements quasi-similaires.

C'est dans cette optique que le rapport COULON sur la dépénalisation de la vie des affaires⁷²⁷ avait suggéré une harmonisation de ces deux infractions ayant pour effet de supprimer l'une d'entre elles. Il avait alors proposé de supprimer l'infraction prévue par le droit de la consommation qui possède un champ d'application beaucoup plus restreint que celle du droit pénal.

⁷²⁶ Dans ce sens : C. NOBLOT, *Droit de la consommation*, coll. Focus droit, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 11.

⁷²⁷ Dir. J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires* (dit Rapport COULON), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, coll. Collection des rapports officiels, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, Paris, 2008, p. 41.

702. Le champ d'application de l'infraction du Code pénal est tantôt plus large et tantôt plus étroit que celle du Code de la consommation⁷²⁸.

En effet, il est plus large car il punit l'abus de faiblesse peu importe les circonstances dans lesquelles est intervenu l'abus. De même, peu importe la nature de l'acte ou de l'abstention. D'ailleurs, il concerne également l'abstention alors même que c'est n'est pas le cas pour l'infraction en droit de la consommation.

Mais, le domaine d'application est plus étroit car le délit du Code pénal ne reconnaît qu'un nombre limité de « vulnérabilité ». Ainsi, ne tombent pas sous le coup du délit, « *les illettrés, les étrangers, les personnes en situation d'urgence, toutes personnes qui pourraient entrer dans les prévisions de l'article L.122-8* ⁷²⁹ *du Code de consommation* »⁷³⁰. De plus, le domaine d'application est limité en raison de la condition relative à la qualification de l'abus de faiblesse à la démonstration d'un préjudice grave pour la victime.

703. En définitive, la portée du délit tel qu'il est prévu par le droit pénal est plus large.

D'ailleurs, il n'est pas limité à un domaine particulier comme le délit du Code de consommation qui ne connaît que du domaine consumériste. De plus, le délit du Code de consommation prévoyant des peines pénales, le délit du droit pénal semble être un régime plus « naturel » à incriminer le délit d'abus de faiblesse. Par ailleurs, c'est aussi le régime qui trouve le plus d'application en pratique⁷³¹. En somme, la généralité et la neutralité de la qualité des personnes concernées et la portée de son domaine d'application permet de penser que le délit pénal d'abus de vulnérabilité serait un réceptacle plus naturel et plus légitime.

⁷²⁸ Sur l'ensemble de la question : v. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Ibid*, p. 161, §132-9 ; N. SAUPHANOR, *Ibid*, p. 170, §270 ; COLLECTIF FRANCIS LEFEBVRE, *Concurrence, Consommation 2007-2008*, coll. Mémento Pratique Francis Lefebvre, série Droit des affaires, Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2007, p. 304, §1096.

⁷²⁹ Il faut noter que le régime de l'abus de faiblesse bénéficie d'une nouvelle codification aux articles L.121-8 à L.121-10 du C. cons. Les sanctions sont prévues aux articles L.132-13 à L.132-15 du C. cons. depuis l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, *JORF*, 16 mars 2016, n° 64.

⁷³⁰ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Ibid*, p. 161, §132-9.

⁷³¹ A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Ibid*, p. 678, §1299.

704. Pour ce faire, il serait intéressant de doter le délit du droit pénal d'un champ d'application suffisamment large pour « rendre inutile celui du Code de la consommation »⁷³².

Certains auteurs vont plus loin, en recommandant, par exemple, de rappeler l'article du Code pénal au sein du Code de consommation pour que les consommateurs aient connaissance de son existence⁷³³. D'autres estiment qu'il serait judicieux, dans le cas d'une harmonisation au profit du droit pénal, de conserver « les pouvoirs de recherche et de connotation des agents de la DGCCRF »⁷³⁴.

705. Le rapport COULON avait proposé, qu'à défaut d'harmoniser les deux infractions et d'harmoniser les peines prévues par le délit au sein du Code de la consommation sur celles du droit pénal des affaires.

Une harmonisation, *a minima*, a été réalisée récemment par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation⁷³⁵ qui a modifié le montant maximum de l'amende en passant de 9000 euros à 375 000 euros et qui a également modifié la durée de la peine de prison en passant de 5 ans à 3 ans.

706. Le législateur, très frileux, a ainsi opté pour le maintien d'un statu quo plutôt que pour une vraie réforme en profondeur. Cette harmonisation s'est faite à défaut d'une certaine intelligibilité du régime de l'abus de faiblesse.

707. Il faut, légitimement, s'interroger sur la nature de la prochaine étape. Ne serait-elle pas celle d'une harmonisation complète des deux infractions et donc la fin de cette dualité ? On ne peut que le souhaiter vivement, et ce, dans les conditions énoncées et présentées en amont (harmonisation au profit du délit de droit pénal des affaires avec un champ

⁷³² J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Ibid*, p. 161, §132-9. Dans le même sens : Bordeaux, 13 mai 1998, CCC, février 1999, n° 29, p. 19, obs. G. RAYMOND ; N. SAUPHANOR, *Ibid*, p. 170 et s., §270.

⁷³³ N. SAUPHANOR, *Ibid*, p. 170 et s., §270.

⁷³⁴ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Ibid*, p. 161, §132-9.

⁷³⁵ Art. 130, al. 1^{er}, VII, 1° de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF*, 18 mars 2014, n° 0065, p. 5400.

d'application revu et élargi aux situations tombant, exclusivement, sous le coup du régime de l'abus de faiblesse en droit de la consommation).

Cette réforme aurait le mérite d'offrir une meilleure intelligibilité à ce régime qui apparaîtrait alors plus logique, plus légitime et plus opportun. Ce qui participerait à une meilleure compréhension de la lutte contre la contrainte économique et à une meilleure efficacité du traitement de la contrainte économique par le Droit.

708. Après avoir analysé l'évolution de la notion de contrainte économique au sein du Droit et mis en exergue les conditions et le contexte de sa prolifération, il est impératif, afin de donner corps à cette notion, de lui offrir un régime commun.

Autrement dit, il faut dorénavant poser les bases de la notion de contrainte économique. Pour ce faire, il faut d'abord redécouvrir la finalité de la lutte contre la contrainte économique. Puis, déterminer les fondements de la notion de contrainte économique, et disséquer les différents éléments composants cette notion. Pour enfin tenter de donner une définition proprement dite de la notion de contrainte économique.

TITRE II. LA RECHERCHE D'UN RÉGIME COMMUN À LA NOTION DE CONTRAINTÉ ÉCONOMIQUE

709. L'étude de la contrainte économique impose de s'interroger, en amont, sur la notion de la contrainte économique. D'ailleurs, avant d'analyser la cohérence et l'efficacité du traitement de la contrainte économique en Droit, encore faut-il pourvoir déterminer avec précision la notion de contrainte économique.

710. Aussi, la quête identitaire initiée pour la notion de contrainte économique ne pourra s'achever que par la détermination d'un régime commun à la notion de contrainte économique.

L'étude de l'évolution de la notion de la contrainte économique dans le Droit a permis de mettre en exergue que la notion de contrainte économique est une notion certes fragmentée mais très présente dans le Droit. En effet, la contrainte économique gangrène et menace toutes les branches du Droit, les rapports entre professionnels ; les rapports entre professionnels et consommateurs ainsi que les rapports entre particuliers sans qualité déterminée.

711. Ainsi, au vu de la prolifération importante de la notion de contrainte économique, il est légitime de s'interroger sur la notion de contrainte économique. Or, cette notion, certes très présente dans le Droit, souffre de l'absence d'un régime commun et d'une définition propre. Effectivement, il n'y a ni de régime commun ni de définition légale ou prétorienne propre à la notion de contrainte économique.

712. Aussi, la multiplication des régimes traitant de la contrainte économique renforce l'incohérence identitaire de la notion de contrainte économique accrue par l'absence d'un

régime commun et d'une définition propre. Or, déterminer ces deux éléments sont essentiels afin d'offrir une identité réelle et propre à la notion de contrainte économique. Il faudra, par la suite, dans le cadre de la présente étude, analyser les raisons de l'échec du traitement de la contrainte économique par le Droit afin d'apporter des solutions efficaces.

713. Pour ce faire, il impératif d'abord, d'offrir un régime commun à la notion de contrainte économique en déterminant les fondements ainsi que les éléments composants la notion de contrainte économique (Chapitre I). Puis, il faudra tenter de donner une définition propre à cette notion (Chapitre II).

CHAPITRE I. L'ABSENCE D'UN RÉGIME COMMUN À LA NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

714. Afin d'appréhender dans sa globalité et de manière claire, la notion de contrainte économique, il faut offrir un régime commun à cette notion. Par ailleurs, ce n'est qu'une fois le régime commun de la notion de contrainte économique déterminé qu'il sera possible de donner une définition propre à cette notion. De plus, l'étude du traitement actuel de la contrainte économique par le Droit s'effectuera eu égard la notion de la contrainte économique. En définitive, la détermination d'un régime commun à la notion de contrainte économique constitue une étape primordiale.

715. Dans cette optique, il faut se reposer sur les enseignements tirés de l'étude de l'évolution de la notion de contrainte économique à travers le droit civil et les droits spéciaux.

Or, le chaos identitaire de la notion de contrainte économique est renforcé par la prolifération morcelée de la notion de contrainte économique au sein des différentes branches du Droit et par la multiplication des régimes traitant de la contrainte économique.

716. Aussi, avant de constater dans quelle mesure, la notion de contrainte économique a du mal à être appréhendée correctement par les mécanismes traditionnels du droit civil la laissant dépourvue d'un régime commun (Section II). Il faudra tenter de répondre à l'interrogation que constitue la notion de contrainte économique. Effectivement, alors même que la notion de contrainte économique est omniprésente, elle demeure une notion méconnue du Droit (Section I). Pour cela, il conviendra de déterminer les fondements de cette notion c'est-à-dire la finalité poursuivie par la lutte contre la contrainte économique, les fondements doctrinaux de la notion de la contrainte économique et en exposant les éléments composantes la notion de contrainte économique.

SECTION I. UNE NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PLEINEMENT MÉCONNUE PAR LE DROIT

717. La notion de contrainte économique est dépourvue d'un régime commun. Certes, la notion de contrainte économique est traitée par plusieurs régimes à travers différentes branches du Droit mais elle reste, paradoxalement, une notion inconnue du Droit et autour de laquelle il existe de nombreuses zones d'ombres et d'interrogations.

718. Pour donner corps à la notion de contrainte économique, il est impératif de lui offrir un régime commun. C'est un travail qui exige de déterminer les bases mêmes de la notion de contrainte économique. Pour ce faire, l'étude des notions traitant indirectement de la contrainte économique est essentielle car elle permettra d'offrir à cette notion les bases composant un régime commun.

719. Ainsi, cette étude permet de définir, dans un premier temps, les fondements de la notion de contrainte économique (Paragraphe I). Autrement dit, les fondements doctrinaux, permettant de légitimer la réception de la contrainte économique par le Droit et expliquant dans quelles mesures cette réception est impérative. Elle permet également de redécouvrir et de déterminer la finalité de la lutte contre la contrainte économique.

720. Puis, dans un second temps, cette étude permettra de déterminer les composantes de la notion de contrainte économique (Paragraphe II). En effet, elle permet de disséquer et d'identifier les éléments composants cette notion c'est-à-dire les caractéristiques si particulières de la notion de contrainte économique ainsi que les conditions proprement dites sans lesquelles une situation ne pourrait être qualifiée de contrainte économique.

PARAGRAPHE I. LES FONDEMENTS DE LA NOTION DE LA CONTRAINTÉ ÉCONOMIQUE

721. Afin de compléter la notion de contrainte économique, il est essentiel de poser les fondements de cette notion. Il est impératif de déterminer ou plutôt de redécouvrir la véritable finalité de la lutte contre la contrainte économique qui est la protection de l'intégrité du consentement de la victime qui a été forcée de s'engager dans un rapport contractuel qu'elle ne désirait pas ou à des termes qui ne lui convenaient pas.

722. Face à la multitude de régimes traitant de la contrainte économique et notamment en raison de leur disparité, il est difficile d'imaginer une finalité commune. Cependant, l'étude des différentes notions tels que les abus de domination, les abus de faiblesse et de la violence économique permettent d'établir la protection de l'intégrité du consentement comme finalité unique de lutte contre la contrainte économique (A).

723. Par ailleurs, avant d'offrir à la notion de contrainte économique un régime commun et d'étudier le traitement actuel de la contrainte économique en Droit et afin de répondre à certains qui estiment que le droit n'est pas légitime à connaître de la contrainte économique, il faut s'attarder sur les fondements doctrinaux légitimant la lutte de la contrainte économique (B).

A. LA FINALITÉ ET LA FONCTION DE LA LUTTE CONTRE LA CONTRAINTÉ ÉCONOMIQUE : LA PROTECTION DE L'INTÉGRITÉ DU CONSENTEMENT

724. L'étude de la finalité de la lutte contre la contrainte économique est essentielle en ce qu'elle participe à tracer les contours de la notion de contrainte économique et donc finalement elle participe à déterminer avec plus de clairvoyance la notion de contrainte économique.

725. En effet, les régimes traitant de la contrainte économique sont tellement divers que toute entreprise de généralisation de la notion de contrainte économique afin de déterminer un régime commun en se basant sur ces différents régimes peut paraître, de prime abord, paradoxale voire même contradictoire. Cependant, cette tentative est essentielle car déterminer la finalité de la lutte de la contrainte économique permet non seulement d'offrir une meilleure compréhension de cette notion mais elle impacte également la compréhension de l'échec du traitement actuel de la contrainte économique.

726. Il ressort, effectivement, de l'étude des régimes traitant de la contrainte économique que ces-derniers ne poursuivent pas une finalité commune. Il y a autant de finalités poursuivies qu'il y a de régimes et de droits spéciaux concernés. Une première discordance existe entre la finalité poursuivie par les régimes traitant de la contrainte économique et la finalité poursuivie par les droits spéciaux au titre desquels ces régimes existent ; et une seconde, entre ces finalités, disparates donc, et la finalité poursuivie par la contrainte économique.

727. Malgré les difficultés apparentes, il est possible de déterminer une finalité commune à tous ces régimes : la lutte contre la contrainte économique.

728. Eu égard à l'étude des différents régimes et notamment des finalités poursuivies par ces régimes, il ressort que la lutte contre la contrainte économique aurait pour finalité de permettre d'assurer la liberté économique et juridique des agents économiques en protégeant l'intégrité de leur consentement leur permettant ainsi une indépendance de comportement et de choix. Elle permet de protéger les plus faibles face aux plus forts qui tentent d'imposer « leur loi » sur le marché et de dicter le comportement économique de ces-derniers, de les rendre tributaires, voire même de menacer leur présence sur le marché ou leur existence économique en abusant du déséquilibre structurel qui caractérise leur relation. En somme, la lutte contre la contrainte économique aurait pour finalité la protection de l'intégrité du consentement.

729. Il convient d'apporter une précision importante, toute relation est caractérisée par un déséquilibre structurel c'est-à-dire par un schéma dominant/dominé. Alors, pourquoi sanctionner certaines relations plutôt que d'autres ? Les situations visées par la contrainte économique sont des situations où l'une des deux parties au contrat, la plus forte adopte à l'égard de la plus faible un comportement qui va au-delà du raisonnable, au-delà du jeu commercial normal. Il a, pour objectif, d'exploiter abusivement de sa situation de domination en vue d'altérer et de dicter le comportement du plus faible afin d'en tirer profit injustement.

730. Il ressort, ainsi, que la finalité de la lutte contre la contrainte économique est de sanctionner le comportement abusif d'une personne en position de force (position dominante, puissance économique) qui décide de tirer profit de sa position de force et corrélativement de la faiblesse d'une autre (faiblesse économique, intrinsèques, extrinsèques) pour l'amener à accepter, dans le cadre d'une relation contractuelle, une abstention préjudiciable ou à un engagement à des termes contractuels, qui consistent notamment à des avantages excessifs, exagérés, ou sans contrepartie réelle, qu'en temps normal, sans l'exploitation abusive, la partie faible n'aurait jamais accepté ; ou dans le cas d'une relation non-contractuelle, de l'évincer du marché ou de l'empêcher d'y accéder, de le rendre plus dépendant ou encore de renforcer sa puissance économique.

Le contractant faible consent mais contraint car n'ayant pas le choix. En effet, soit son existence en dépend soit il s'expose à un mal plus grave soit encore il n'a pas les capacités nécessaires pour juger de la portée de son engagement ou de son abstention.

731. Dans le premier cas, le consentement est atteint dans son élément volitif. Dans ce cas, la personne victime de contrainte économique à un jugement suffisant pour comprendre que le comportement de l'auteur de la contrainte économique est néfaste pour elle mais en raison de sa faiblesse économique ou de la puissance économique corrélative de l'auteur, elle est obligée d'accepter de se soumettre. Elle n'a pas le choix, elle est tributaire de l'auteur car soit son existence économique en dépend, soit la partie en puissance économique apparaît comme un partenaire obligé.

Dans le second cas, c'est sa dimension réflexive qui est mise à mal. Dans ce cas, la victime de contrainte économique n'est pas dépendante de l'entreprise mais elle ne comprend pas vraiment que le comportement forcé par l'auteur est préjudiciable pour elle. Elle n'a pas le jugement nécessaire pour comprendre la portée de ses engagements.

Ainsi, la contrainte économique a pour objet et effet de dicter le comportement juridique de la victime en altérant soit la dimension volitive soit la dimension réflexive du consentement de la victime.

732. En définitive, la lutte contre la contrainte économique sanctionne l'exploitation abusive d'une situation de déséquilibre structurel et permet ainsi la protection de l'intégrité du consentement de la victime mise à mal dans sa dimension volitive et/ou réflexive. Donc, la contrainte économique a deux fonctions celles de sanctionner et donc, de protéger. Bien que sans réelle importance ici, cette remarque prendra tout son poids au moment de l'analyse des sanctions de la contrainte économique (cf. Un plaidoyer pour le traitement de la contrainte économique au titre d'un régime de responsabilité propre).

733. Aussi, la finalité de la lutte contre la contrainte économique étant la protection de l'intégrité du consentement, la fonction principale de la lutte contre la contrainte économique est de protéger la victime et d'indemniser le préjudice subi par cette-dernière.

Il convient de rappeler que la pérennité contractuelle n'est pas fonction de la lutte contre la contrainte économique. Pourquoi protéger un acte juridique et le lien contractuel qui en découle alors que cet acte repose sur un consentement extorqué, vicié au mieux et au pire absent ? Bien que la sécurité juridique devrait être assurée, elle ne peut en aucun cas expliquer ou justifier que la pérennité de la relation contractuelle prévale la protection du consentement sur lequel cette relation est fondée. De même, l'étude de la finalité des abus de domination mettra en exergue que la fonction de la lutte contre la contrainte économique ne relève ni de l'équilibre des forces économique, ni de la recherche de l'efficacité économique ni de la régulation du marché.

734. Ainsi, lutter contre la contrainte économique s'inscrit forcément dans la protection de l'intégrité du consentement de la victime dont le consentement a été extorqué par la partie dominante au contrat en abusant de la faiblesse de la victime autrement dit, en exploitant abusivement le déséquilibre structurel qui caractérise leur relation.

735. Pour cela, il a fallu redécouvrir la finalité des différents régimes traitant de la contrainte économique. Il faut, évidemment, utiliser le terme « redécouvrir » car ces régimes ont connu un déplacement de leur finalité initiale qui a été oubliée au fil du temps.

En effet, les enseignements tirés de l'étude de l'évolution de la notion de contrainte économique au sein du Droit permettent d'affirmer que la finalité première de la contrainte économique était, bien initialement, la protection de l'intégrité du consentement.

Puis, lors de l'évolution de la contrainte économique à travers les droits spéciaux, en raison, du particularisme attaché à chaque droit et en raison des différentes réformes, l'objectif initial a été déplacé et la finalité première a été quelque peu oubliée. Dès lors, il a fallu redécouvrir la finalité de ces régimes.

736. Malgré la disparité des régimes connaissant de la contrainte économique et de la finalité propre à chaque droit spécial, ces régimes s'inscrivent dans un même combat et poursuivent une finalité commune : la lutte contre la contrainte économique autrement dit la protection de l'intégrité du consentement.

737. Il a fallu, pour cela, déterminer en quoi la finalité des abus de domination (1), des abus de faiblesse (2) et celle de la violence économique (3) et, est la lutte contre la contrainte économique c'est-à-dire la protection de l'intégrité du consentement.

1. LA FINALITÉ POURSUIVIE PAR LES ABUS DE DOMINATION

738. C'est en déterminant la finalité réellement poursuivie par les différents régimes traitant de la contrainte économique que la finalité de la lutte contre la contrainte économique pourra être définie. Il faut pour cela tenter de redécouvrir la finalité première mais quelque peu oubliée des abus de domination.

739. Or, les spécificités du droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles peuvent laisser croire que l'objectif poursuivi par les abus de domination est uniquement la recherche de l'efficacité économique et la protection de la concurrence.

740. Toutefois, après une étude appuyée du régime de l'abus de position dominante (a) et de celui de l'abus de dépendance économique (b), il ressort clairement un objectif premier hérité d'une longue évolution des situations de contrainte économique dans le droit civil et dans les droits spéciaux. Cette évolution fut si longue que ces objectifs ont fini par être oubliés et masqués par les évolutions des législations antitrust et par la sacro-sainte recherche de l'efficacité économique.

a. La finalité du régime de l'exploitation abusive d'une position dominante

741. Il semblerait, de prime abord, que le but poursuivi par les législations antitrust Nord-Américaines ou Allemandes, soit l'efficacité économique et la protection de la concurrence.

Toutefois, il ressort de l'étude des différentes politiques de concurrence que l'objectif poursuivi par les dispositions sanctionnant l'abus de position dominante n'est pas l'efficacité économique ou la protection de la concurrence mais la protection des plus faibles contre les plus grands forts, la protection de la liberté et de la volonté des plus faibles face aux abus des plus forts qui ont tendance à imposer leur volonté aux plus faibles et ainsi à dicter leur comportement et leur choix économique. Il s'agit de protéger l'intégrité du consentement des plus faibles agents économiques contraints par les plus forts et dont la dimension volitive est mise à mal. Il s'agit donc de lutter contre la contrainte économique.

742. Il est évident, qu'au cours de l'évolution des législations antitrust, qu'il y a eu un déplacement de l'objectif initial qui est la lutte contre la contrainte économique vers la lutte de comportements anticoncurrentiels autrement dit vers la protection de la concurrence et la recherche de l'efficacité.

743. Afin de déterminer l'objectif initialement poursuivi par les législations antitrust, il convient d'analyser le contexte socio-économique, politique et juridique d'adoption des législations antitrust.

Le Droit répond à un besoin sociétal en mettant en place un outil juridique. Cette relation est la relation « *instrument-objectif* »⁷³⁶. Chaque instrument poursuivi une finalité

⁷³⁶ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, « Rapport - Les politiques de la concurrence », in *Politiques de la concurrence*, La documentation française, Paris, 2006, p. 140 et s.

déterminée. L'instrument est au service de l'objectif. L'objectif commande cet instrument.

Pour connaître l'objectif des lois antitrust, ici l'instrument, il faut tenter de déterminer l'objectif. Pour ce faire, il faut étudier le contexte d'adoption des dispositions législatives ont vu le jour. Les lois antitrust Nord-Américaines ont vu le jour dans un contexte socio-économique particulier qui a donné lieu à un contexte juridique favorable à la mise en place de dispositions législatives antitrust.

744. Dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, les Etats-Unis en pleine révolution industrielle ont une industrie manufacturière particulièrement importante représentant 65% du PNB. Elle se caractérise par une très forte concentration d'entreprise de grandes tailles, récoltant de forts rendements qui donnent lieu à des économies d'échelles relativement importantes⁷³⁷ favorisant l'émergence de processus productifs à forte intensité capitalistique et l'émergence de nouvelles connaissances entraînant ainsi l'apparition de nouveaux marchés et de véritables « géants » sur ces marchés⁷³⁸.

745. Mais elle se caractérise également par une étonnante vulnérabilité face aux retournements de conjoncture économique⁷³⁹. En effet, ces entreprises de tailles importantes ont des coûts fixes élevés et dès qu'il y a une dépression, les entreprises se livrent une guerre des prix afin de faire face à l'écoulement des produits ; guerre des prix qui aboutit à la disparition de plusieurs entreprises perdantes de cette guerre. Afin de résister et de faire face aux bouleversements de conjoncture économique, émerge alors deux formes de cartellisation⁷⁴⁰ : le *pool*⁷⁴¹ et le *trust*⁷⁴².

⁷³⁷ Sur l'ensemble de la question v. : D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *op. cit.*, p. 19.

⁷³⁸ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 19 et s.

⁷³⁹ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 20.

⁷⁴⁰ Sur l'ensemble de la question v. : D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 20.

⁷⁴¹ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 20 : le *pool* : désigne une entente entre plusieurs entreprises d'une branche pour fixer le prix de vente.

⁷⁴² D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 20 : le *trust* : est le transfert des titres détenus par les actionnaires de plusieurs entreprises à des hommes de confiance, les *trustees*, moyennant un certificat de dépôt, qui réunis en *Board of Trustees* détermine la coordination des politiques des différentes entreprises.

746. La mise en place des *trusts* va permettre aux grandes entreprises dont la politique est organisée selon ce modèle d'être plus résistantes aux retournements conjoncturels.

Cette organisation en *trust* va avoir une conséquence majeure : les petits entrepreneurs et les petits exploitants agricoles n'étant pas organisés en *trust* ne sont pas protégés face aux bouleversements conjoncturels et sont les premières victimes de la guerre des prix qui va décimer une grande partie d'entre eux. Un nombre important de petits entrepreneurs font alors faillite.

Ils apparaissent alors comme les victimes indirectes des *trusts*. Dès lors, va naître un sentiment « *anti-trust* »⁷⁴³.

747. L'organisation en *trust* sera un terreau particulièrement fertile pour les abus. En effet, « *la concentration des moyens de production et la coordination des décisions* »⁷⁴⁴, engendrant et facilitant la croissance des « gros » face aux « petits », participe largement à créer un pouvoir excessivement concentré en un petit nombre d'agents⁷⁴⁵ : l'oligopole.

Ces *trusts* vont conduire à ce que ce petit nombre d'agents « *très gros et très forts* »⁷⁴⁶ commettent de nombreux abus contre le grand nombre « *petits et faibles* »⁷⁴⁷, tels que des « *investissements erronés, prix de vente élevés, partage de la valeur ajoutée défavorable aux salariés, vulnérabilité des entreprises en amont des trusts, création de barrières à l'entrée* »⁷⁴⁸ du marché.

748. Ces abus consistent à imposer, pour les *trusts*, leur volonté aux agents économiques faibles, à dicter leur comportement et leur choix économique. Ces abus portent atteinte à leur liberté économique et leur liberté de choix. Par conséquent, ils portent atteinte à la liberté et à la volonté de ces agents. C'est donc l'intégrité du consentement de ces agents

⁷⁴³ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 20.

⁷⁴⁴ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 21.

⁷⁴⁵ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 21.

⁷⁴⁶ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 22.

⁷⁴⁷ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 22.

⁷⁴⁸ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 21.

économiques faibles qui est mise à mal, leur liberté est entravée et leur consentement est extorqué dans sa dimension volitive.

749. Ce qui va faire naître des mouvements sociaux populistes et agrariens antitrusts qui « voyaient dans les trusts, les responsables du déclin des petits artisans »⁷⁴⁹, agriculteurs, entrepreneurs, industriels et des difficultés qu'ils rencontrent et qui dénoncent l'élimination du marché de ces petits agents économiques. Leur préoccupation est de limiter autant que faire se peut les dérives d'un petit nombre dominants, qui en raison de leur taille et de leur pouvoir économique sur le marché, dictent le comportement d'un plus grand nombre, dominés. Leur but est donc de lutter contre les abus des trusts afin de protéger la liberté économique et l'intégrité du consentement de ces agents économique.

750. Il convient de noter que l'émergence des trusts a fait naître également un sentiment de méfiance à l'égard des grandes entreprises. En effet, ce sont des entreprises de taille importante qui se sont organisées en trusts. Il y a donc eu l'apparition d'un amalgame entre grandes entreprises et les entreprises organisées en trust abusant de leur puissance économique sur le marché à l'encontre des plus faibles et des plus petits.

Ce sentiment de méfiance se traduit par l'adoption de la législation sur le droit de la concentration dont le but est le contrôle des structures afin de limiter la concentration industrielle considérée alors comme étant la source de ces abus.

De plus, les premières dispositions antitrust relatives aux contrôles du comportement des entreprises de taille importante, ne sanctionnait que la structure de ces entreprises ou le pouvoir économique qu'elles détenaient sur le marché (le monopole en droit antitrust Nord-Américain).

751. L'objet de ces mouvements relève de l'idée d'un « équilibre dans lequel il faut user sans abuser de sa liberté économique »⁷⁵⁰. La volonté étant d'encadrer cette liberté afin

⁷⁴⁹ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 22.

⁷⁵⁰ F. SOUTY, *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, coll. Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 1995, p. 39.

d'éviter les abus tout en permettant la jouissance de cette liberté. Ainsi, à cette époque, « *l'adoption de la loi antitrust est avant tout motivée par une volonté politique* »⁷⁵¹ : la protection des consommateurs et des petits producteurs.

En somme, le but poursuivi par les mouvements populistes et agrariens qui ont poussé le législateur américain à adopter les dispositions législatives antitrust est l'interdiction et la sanction de l'exploitation abusive par des agents économiques de leur structure particulièrement avantageuse c'est-à-dire de leur puissance économique sur le marché entravant gravement le comportement et le choix économique d'agents économiques plus faibles afin de tirer profit de leur faiblesse pour leur imposer un rapport contractuel.

752. En définitive, la finalité des dispositions antitrust Nord-Américaines est la protection de l'intégrité du consentement des agents économique mis à mal dans son élément volitif et par conséquent, la lutte contre la contrainte économique.

Ces mouvements sociétaux d'interdire et de sanctionner ces abus ont donné lieu à un contexte juridique favorable à la mise en place d'outils juridiques adéquats interdisant les abus et pouvant encadrer la liberté des agents économiques.

753. Le cadre juridique de l'époque est inadapté pour connaître de ces abus. Il n'y a pas de législations antitrust au niveau national. Chaque état à son propre droit des sociétés et chaque entreprise répond à une charte spécifique avec des règles et des droits différents. Il y a quasiment autant de dispositions législatives que d'entreprises⁷⁵².

De plus, en raison de la position floue de la jurisprudence quant aux modalités d'application des lois antitrust⁷⁵³ rend le cadre juridique de l'époque alors incertain.

754. Le juge Sherman a exprimé les difficultés rencontrées par le contexte socio-économique et à exposer la nécessité d'un outil juridique sanctionnant les abus sur le

⁷⁵¹ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006, p. 31, §28.

⁷⁵² D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p.21.

⁷⁵³ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 21.

marché. A ce titre, il déclare que : « *la conscience populaire est troublée par l'émergence de problèmes nouveaux qui menacent la stabilité de l'ordre social. Le plus sérieux d'entre eux est certainement celui qui découle de l'accroissement, en une seule génération, des inégalités de chances, de conditions sociales et de richesse par la faute de la concentration du capital au sein de vastes coalitions destinées à contrôler le commerce et l'industrie et à détruire la libre concurrence* ».

755. Par libre concurrence, le juge Sherman entend « *l'existence d'un marché libre et ouvert tant parmi les acheteurs que les vendeurs pour l'achat et à la vente de biens. La concurrence ne devient pas moins libre simplement parce que la conduite des opérations commerciales devient plus intelligente à travers la libre diffusion de la connaissance de tous les facteurs essentiels entrant dans la transaction commerciale. La connaissance généralisée du fait qu'il y a accumulation d'un excédent de quelque bien de marché tendrait indubitablement à la diminution de la production, mais la dissémination de cette information ne peut en elle-même être considérée comme une restriction commerciale dans quelque sens légal que ce soit. Le producteur est libre de produire, mais la prudence et la prévoyance du monde des affaires fondées sur cette connaissance influencent le libre choix en faveur d'une production plus limitée. La restriction de concurrence débute lorsqu'un usage impropre est fait de cette information à travers toute action concertée qui opère en vue de restreindre la liberté d'action de ceux qui achètent ou vendent* »⁷⁵⁴.

756. Ainsi, le juge Sherman manifeste la volonté que « *les mécanismes de marché doivent rester libres des entraves que les acteurs cherchent naturellement à établir pour asseoir leur pouvoir* »⁷⁵⁵. Les *trusts* ne doivent pas devenir des instruments de régulation économique des marchés. Cette lutte contre les *trusts* apparaît comme une lutte quasi-philosophique au nom de la liberté économique⁷⁵⁶. En effet, la libre concurrence apparaît comme un « *corolaire nécessaire de la liberté du commerce et de l'industrie* »⁷⁵⁷, de la

⁷⁵⁴ Cour suprême des Etats-Unis, 1 juin 1925, *Maple Flooring Manufacturer's Association v/ United States*, 268. U.S. 563, *Justitia US Supreme Court* <<https://supreme.justia.com>>.

⁷⁵⁵ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 23.

⁷⁵⁶ F. SOUTY, *Ibid*, p. 39.

⁷⁵⁷ J. AZEMA, *Le Droit français de la concurrence*, coll. Thémis, P.U.F., Paris, 1981, p. 26, §15.

liberté contractuelle et de la protection de l'intégrité du consentement. En effet, par libre concurrence, ici, le juge Sherman entend la protection du choix économique des agents économiques faibles et dominés face aux abus des agents dominants sur le marché.

757. Ainsi, les dépositions législatives antitrust relèvent de la défense et de la protection d'une normativité juridique, celle de la protection de la liberté économique, de la liberté d'entreprendre, de la liberté contractuelle et donc de la protection de l'intégrité du consentement de ces agents qui est mis à mal dans son élément volitif.

758. C'est dans ce contexte socio-économique atypique et ce contexte juridique favorable que le recours à un nouveau dispositif législatif antitrust apparaît alors nécessaire et que le congrès américain adopte le 2 juillet 1890 le *Sherman Act* afin de lutter contre ces abus c'est-à-dire contre des situations de contrainte économique.

759. La finalité initiale des dispositions antitrust et plus précisément celle du régime de l'abus de position dominante est d'autant plus manifeste au sein de l'ordo-libéralisme prôné et appliqué chez les Allemands qui ont, très tôt et clairement, affiché et assumé cette finalité.

Pour eux, la liberté est assurée uniquement en cas de concurrence effective, structure de marché comprise entre la concurrence pure et parfaite et le monopole aboutissant à des abus commis par des puissants contre les faibles, entravant la liberté de comportement et de choix économique de ces agents économiques.

Les Allemands considèrent que la concurrence effective est alors la garante de la liberté économique des agents et les préservent des abus de pouvoir des entreprises dominantes.

Et, l'intervention publique en matière économique est la garante du libre fonctionnement des marchés, empêchant que le marché ne prenne la structure du monopole entravant la liberté de comportement et de choix économique des agents économiques. L'Etat doit

empêcher que la concurrence ne soit entravée par le comportement des agents économiques dominants, publics ou privés⁷⁵⁸.

Ainsi, selon les ordo-libéraux, l'Etat est également « *le garant de la liberté individuelle dans la sphère économique* »⁷⁵⁹.

760. L'ordo-libéralisme relève davantage d'une inspiration juridique qu'économique. Il repose sur une philosophie dont l'objectif est la protection des libertés sur l'efficacité économique ou la protection de la concurrence.

761. C'est dans le cadre de cette démarche qu'est adoptée la loi *GWB* prohibant l'abus de position dominante. Donc, la finalité poursuivie est l'interdiction et la sanction des abus commis par des agents dominants, qui abusent de leur puissance économique et donc de leur structure sur le marché en entravant la liberté économique et donc le consentement des agents économiques plus vulnérables afin de retirer des avantages injustifiés ou excessifs.

762. Ainsi, l'objectif, initialement, poursuivi par les dispositions antitrust, américaines et allemandes est la lutte contre la contrainte économique. Toutefois, aujourd'hui l'objectif de ces dispositions est complètement différent. Il s'agit davantage de protéger la concurrence, la recherche de l'efficacité économique.

763. La relation « instrument-objectif » est déséquilibrée. Il y a un instrument mais l'objectif n'est pas unique mais pluriel⁷⁶⁰. Ce phénomène est d'autant plus criant pour le droit européen de la concurrence. Or, ce phénomène poussé à l'extrême a eu pour conséquence le déplacement de l'objectif.

⁷⁵⁸ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 37.

⁷⁵⁹ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 37.

⁷⁶⁰ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 144.

764. Il y a eu un vrai déplacement de l'objectif des dispositions antitrust relatives aux comportements des entreprises et notamment de l'abus de position dominante.

Cette « migration » s'explique par le fait que les théories économiques sur lesquelles reposent ces lois ont donné lieu à de nombreux et vifs débats. En effet, ces lois reposent sur une initiative politique et juridique afin de répondre à un besoin sociétal celui d'interdire et de sanctionner les abus commis sur le marché dans le but de préserver la liberté de certains agents économiques et de protéger l'intégrité de leur consentement. Initialement, il n'est en aucun cas une réponse économique ou reposant sur « *des conceptions sophistiquées du fonctionnement économique du marché* »⁷⁶¹ et de la concurrence.

765. Les économistes étaient très réticents pensant que ces dispositions affaibliraient l'économie américaine. ELY énonce cette hostilité aux dispositifs antitrust en déclarant que : « *les trusts ne sont pas un mal, sauf à considérer l'exercice d'une activité à grande échelle comme un mal. Au contraire, lorsque les trusts naissent d'un libre développement, alors ils doivent être jugés favorablement et ce serait une erreur que d'essayer de les dissoudre* »⁷⁶².

Les économistes ont réorienté le débat en déplaçant l'objectif des lois antitrust et notamment de celui de l'abus de position dominante et des monopoles. En effet, de nouvelles théories économiques reposant sur les sciences économiques et sur des modèles mathématiques ont interféré dans les discussions politiques, orienter les nouvelles politiques de concurrence et s'insérer dans la réflexion. Ce qui a abouti à la création et la mise en application d'outils juridiques et dont l'objectif est alors la protection de la concurrence dans le but ultime de l'efficacité économique.

⁷⁶¹ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 43.

⁷⁶² D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 43.

766. Concernant le droit communautaire, il était clairement affiché que l'objectif était d'élaborer « *un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* »⁷⁶³.

D'ailleurs, la relation « instrument-objectif » est également déséquilibrée. L'objectif principal est l'intégration d'un marché intérieur non entravé par une concurrence faussée et donc le maintien sur le marché une concurrence effective et praticable. Les autres objectifs poursuivis par les politiques de concurrence communautaire sont la protection de la concurrence⁷⁶⁴ ; l'efficacité économique⁷⁶⁵ ; la volonté de maintenir « *l'ouverture du marché intérieur en s'opposant à tout reclouisonnement du marché ; de maintenir des structures permettant à la concurrence de jouer son rôle de régulation efficace de l'activité économique, la concurrence restant en permanence menacée d'autodestruction par le contrôle des abus d'entreprises en position dominante et par celui des opérations de concentration leur permettant d'accroître sensiblement et soudainement leurs positions, et respecter le principe d'équité économique* »⁷⁶⁶.

767. Contrairement aux droits antitrust Nord-américain et Allemand, le droit européen de la concurrence n'a pas connu ce phénomène de déplacement de l'objectif.

Sa finalité a toujours été la même car les législations antitrusts communautaires sont apparues après le droit antitrust Nord-américain et Allemand dont elles se sont inspirées. Elles sont apparues à une époque où le déplacement de l'objectif avait déjà eu lieu au sein des législations anti-trusts Nord-Américaines et Allemandes. Donc, le but poursuivi initialement par le droit communautaire a toujours été d'assurer la protection de la concurrence au sein du marché intérieur et de sanctionner toute entrave à la concurrence. Puis très récemment, cet objectif s'est tourné vers la recherche de l'efficacité économique qui s'explique par une plus grande influence du modèle Nord-Américain sur la politique de concurrence européenne.

⁷⁶³ Art. 3 G du TCE.

⁷⁶⁴ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 145.

⁷⁶⁵ D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Ibid*, p. 145.

⁷⁶⁶ E. GOULON, *La concurrence en Droit communautaire et en Droit Français : étude comparée*, E. Goulon éditeur, Paris, 1982, p. 9 et s.

768. Aussi, pour déterminer le véritable objectif poursuivi par les dispositions communautaires antitrust, l'analyse ne peut s'arrêter ici au risque de faire de la protection du marché commun et de la recherche de l'efficacité économique, le but poursuivi par ces dispositions.

D'ailleurs, il ne faut pas oublier le rôle joué par les modèles Américain et Allemand qui fut un élément crucial dans la construction du droit communautaire de la concurrence. En effet, le droit communautaire a mis en place des dispositions antitrust en s'inspirant des modèles Américain et Allemand. Il vise donc à interdire et à sanctionner les abus de position dominante pour les mêmes raisons que ses deux modèles.

769. Or, au moment de la construction du droit communautaire de concurrence et donc de l'adoption des dispositions communautaires antitrust, ces deux modèles souffraient d'un déplacement de l'objectif initial des législations antitrust. Le législateur communautaire, prenant exemple sur ces homologues Américains et Allemands, a donc été conduit en erreur en pensant que la finalité poursuivie par l'abus de position dominante était la protection de la concurrence ou la recherche de l'efficacité économique, alors même qu'il s'agissait de la lutte contre la contrainte économique.

770. Par conséquent, peu importe, ce qui semble être affirmé à la lecture de la politique de concurrence communautaire, l'esprit du législateur impose de considérer, que la finalité poursuivie par les dispositions communautaires antitrust est d'encadrer les abus sur les marchés et donc de protéger l'intégrité du consentement des agents économiques victimes de ces abus. Et ainsi, de traiter la contrainte économique et la punir au titre de l'abus de position dominante.

Le but n'était donc pas, en adoptant ces dispositions, de protéger la concurrence, ou la recherche l'efficacité économique mais la lutte contre la contrainte économique.

771. En conclusion, dans un premier temps, les dispositions législatives à l'origine du régime de l'abus de position dominante semblent poursuivre l'objectif, aujourd'hui,

affirmé de la protection de la concurrence et la recherche de l'efficacité économique. Toutefois, une lecture plus appuyée et l'analyse du contexte dans lequel les dispositions antitrust ont été adoptées permettent de comprendre et de déterminer que la finalité poursuivie réellement, et initialement, par ces dispositions est la lutte contre la contrainte économique. Cet objectif initial a été, en quelque sorte, oublié en raison du déplacement d'objectif dont ont souffert et souffrent encore aujourd'hui ces dispositions.

772. L'abus de dépendance économique a également connu le même phénomène que l'abus de position dominante. Sa finalité originale a été dévoyée au profit de la protection de la concurrence et de la recherche de l'efficacité économique.

b. La finalité du régime de l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique

773. L'abus de dépendance économique s'inscrit dans la droite ligne de l'abus de position dominante, traitant par un domaine d'application bien plus large des situations semblables à celles sanctionnées par l'abus de position dominante mais qui ne peuvent être sanctionnées à ce titre.

Certains le qualifient même d'« *un abus relatif de position dominante* »⁷⁶⁷, autrement dit « *c'est la position dominante appliquée non plus à un marché ou à une partie de marché mais à un partenaire économique compte tenu du contexte concurrentiel* »⁷⁶⁸.

774. L'abus de position dominante est caractérisée « *par la situation dans laquelle une entreprise est en position d'entraver le fonctionnement normal du marché à tel point qu'elle est soustraite aux contraintes d'une concurrence effective, qu'aucun concurrent*

⁷⁶⁷ J.-M. MEFFRE, *Guide pratique de la concurrence*, Chotard, Paris, 1987, t. 1, p. 19.

⁷⁶⁸ J.-M. MEFFRE, *op. cit.*, t. 1, p. 19.

n'offre en face d'elle une alternative significative à ses clients ou fournisseurs si bien qu'elle domine le marché et détermine à peu près librement les conditions de fonctionnement de ce dernier : accès au marché en cause, détermination des prix »⁷⁶⁹.

Alors que l'abus de dépendance économique se caractérise par la situation dans laquelle une entreprise, détenant une domination relative vis-à-vis de la dépendance économique dans laquelle se trouve d'un partenaire économique, abuse de sa domination afin de tirer profit de l'entreprise dominée pour obtenir des avantages ou des conditions exagérées ou injustifiés.

775. La proximité de ces deux régimes se retrouve dans le but poursuivi.

L'abus de dépendance économique a vu le jour pour pallier les lacunes que représente l'abus de position dominante afin de mieux répondre aux défis de l'évolution des rapports de forces entre industrie et commerce.

Le but est de sanctionner les abus commis par une entreprise, détenant ou non une position dominante, à l'encontre d'un partenaire obligé dans le but est d'obtenir des conditions ou des avantages injustifiés et excessifs.

776. En effet, il s'agit d'interdire et de sanctionner les abus commis par des entreprises abusant de la domination relative dont elles possèdent sur un partenaire économique afin de tirer profit de la dépendance économique dans laquelle se trouve ce partenaire.

777. L'objet de la protection assuré par l'abus de dépendance économique est la liberté de comportement, de choix économique, et donc, l'intégrité du consentement des agents économiques. Autrement dit, la finalité de l'abus de dépendance économique est la lutte contre la contrainte économique.

⁷⁶⁹ J.-M. MEFFRE, *Ibid*, t. 1, p. 22.

778. En effet, la finalité du régime de l'abus de dépendance économique est explicitement énoncée par la Commission de la concurrence dans un célèbre avis du 19 mars 1985 sur les centrales et les super-centrales d'achat⁷⁷⁰. Elle déclare à cette occasion qu'« *il peut apparaître souhaitable de s'affranchir de cette contrainte -position dominante caractère absolu- dans l'avenir et de se doter de moyens juridiques permettant, comme en République fédérale d'Allemagne, de contrôler les comportements des entreprises ou groupes d'entreprises qui, sans détenir une position dominante, sont, en raison de leur poids sur le marché, des partenaires obligés (soit pour leurs fournisseurs, soit pour leurs clients) mais de telles évolutions supposeraient des modifications législatives soit de l'article 50 dernier alinéa de l'ordonnance du 30 juin 1945 (abus de position dominante), soit des articles 37 (refus de vente) et 38 (pratiques discriminatoires) de la loi du 27 septembre 1973* ».

779. A la lecture de l'avis de la Commission exposant les motifs d'un instrument juridique nouveau pour faire face à ces abus, il paraît évident, que le but poursuivi par ce régime, est la lutte contre la contrainte économique.

La Commission de la concurrence plaide ici, pour une modification législative des textes existants afin que puissent être sanctionnés des abus ne pouvant pas être traités par le régime de l'abus de position dominante. Le législateur va suivre l'avis de la Commission de la concurrence.

780. Afin de mieux comprendre la finalité de la lutte contre la contrainte économique, il convient d'analyser les finalités des abus de faiblesse en droit de la consommation et en droit pénal des affaires.

⁷⁷⁰ Avis de la Comm. conc., 14 mars 1985, relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs groupements, Rapport pour 1985, annexe 1, n° IX, *BOSP*, 19 avril 1985.

2. LA FINALITÉ POURSUIVIE PAR LES ABUS DE FAIBLESSE ET DE VULNÉRABILITÉ

781. Egaleme nt victimes du même phénomène de déplacement de leur objectif premier, l'abus de faiblesse et d'ignorance (a) et l'abus de vulnérabilité (b) ont vu leur finalité première oubliée au profit des finalités poursuivies par le droit de la consommation et le droit pénal des affaires. Aussi, afin de rétablir leur finalité et de déterminer celle de la lutte contre la contrainte économique, il convient de rechercher et de réaffirmer leur premier objectif : la protection de l'intégrité du consentement.

a. La finalité du régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance

782. La lutte contre la contrainte économique qui est menée à travers le régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance est le résultat de deux constats. Le premier constat est que l'une des fonctions principales de la loi est de protéger les faibles contre les abus potentiels des plus forts.

Le Professeur Jean CALAIS-AULOY part de l'idée que « *la loi a pour fonction de protéger le faible contre le fort* »⁷⁷¹, il déclare qu'en faisant, elle tend à mettre en place une « *société pacifique* »⁷⁷². D'autres vont même jusqu'à parler de « *paix sociale* »⁷⁷³. En tout état de cause, la protection du consommateur relève d'un besoin, d'une lutte

⁷⁷¹ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010, p. 22, §21.

⁷⁷² J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *op. cit.*, p. 22, §21.

⁷⁷³ D. FERRIER, *La protection des consommateurs*, coll. Connaissance du Droit, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 1996, p. 1.

collective à effet global car comme le déclarait John F. KENNEDY : « *nous sommes tous, par définition, des consommateurs* »⁷⁷⁴.

783. Le second constat tient au fait que la révolution commerciale et l'avènement de la société de consommation ont été un écrin favorable à la multiplication des abus commis à l'encontre des consommateurs. Afin d'attirer le plus de clientèle possible, les professionnels ont eu recours à des méthodes de vente et de commercialisation toujours plus poussées et savantes. En effet, il y a une vraie concurrence existante entre les professionnels dans le but de faire l'offre la plus séduisante aux yeux des consommateurs et ainsi emporter leur consentement. Mais dans cette course aux parts de marché, le professionnel a parfois recours à des méthodes commerciales pouvant conduire à des achats inconsidérés, irréfléchis, désavantageux voire même néfastes ou préjudiciables pour le consommateur.

Certains professionnels vont même plus loin : jusqu'à mettre en place des méthodes de vente qui porte atteinte à l'intégrité du consentement des consommateurs.

Par ailleurs, il existe, de manière inhérente, un déséquilibre structurel à la relation professionnel/consommateur. Les professionnels sont considérés comme ayant l'ascendant sur les consommateurs en raison des moyens financiers conséquents, des techniques de ventes et des stratégies commerciales dont ils connaissent parfaitement les rouages. Les consommateurs sont profanes et complétement ignorants et désarmés, en raison de leur faiblesse économique et de l'ignorance face au monde commercial et à ses stratégies commerciales.

784. Ainsi, afin de protéger l'intégrité du consentement du consommateur dans son élément de liberté et dans son élément intellectuel que la loi doit protéger les

⁷⁷⁴ Communication du Président John F. KENNEDY, le 15 mars 1962, au Congrès américain sur la protection des consommateurs : « *Consumers, by definition, include us all* ».

consommateurs des méthodes commerciales des professionnels, sans pour autant considérer ces consommateurs comme étant des incapables⁷⁷⁵.

Pour ce faire, le législateur a opté pour deux méthodes. La première méthode consiste à informer le plus possible le consommateur. Il s'agit d'une méthode de nature préventive qui a lieu en amont de l'acte d'achat. Il s'agit d'apporter le plus d'informations possible au consommateur afin que l'acte d'achat soit un achat réfléchi répondant à un vrai besoin et qu'il soit avantageux pour le consommateur. Le but étant de remplacer la spontanéité souvent trop néfaste car conduisant à un achat inconsidéré donc préjudiciable pour le consommateur, par un acte d'achat véritablement réfléchi qui laisserait peu de place à l'erreur.

Il s'agit d'offrir au consommateur les informations nécessaires pour l' « armer » suffisamment contre les sollicitations répétées et les innombrables méthodes de ventes afin qu'il puisse défendre seul ses intérêts face ces comportements. Cette méthode permet d'éclairer le consentement du consommateur.

785. La seconde méthode consiste à sanctionner les comportements abusifs des professionnels dans le cas où le consommateur ait été séduit par une méthode commerciale. C'est une méthode de nature répressive et curative. Il s'agit d'intervenir en aval afin de sanctionner les abus commis par les professionnels à l'égard des consommateurs. Pour les Professeurs Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, sanctionner les abus « *c'est reconnaître que ceux-ci [les consommateurs], même informés, sont victimes d'abus contre lesquels ils ne peuvent lutter* »⁷⁷⁶.

786. Toutefois, parmi tous les comportements des professionnels dont le but est de déclencher chez le consommateur le « *réflexe d'achat* »⁷⁷⁷, seuls les comportements

⁷⁷⁵ P. MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^{ème} siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, coll. Litec Juris-Cla, LexisNexis, Paris, 1999, p. 195.

⁷⁷⁶ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Ibid*, p. 25, §25.

⁷⁷⁷ Notion empruntée à G. CAS, D. FERRIER, *Traité de Droit de la consommation*, coll. Grands traités, P.U.F., Paris, 1986, p. 273, §293.

excessifs et abusifs réalisés en abusant de la faiblesse économique d'autrui sont concernés.

Seuls sont concernés les comportements abusifs et excessifs face auxquels le consommateur ne peut lutter seul. Il ne peut pas lutter contre car son consentement est forcé et extorqué, il n'a pas vraiment le choix de ne pas contracter aboutissant alors à un anéantissement de sa liberté de choix.

787. Ainsi, la finalité principale du régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance est de sanctionner les comportements abusifs commis par le professionnel à l'encontre des consommateurs en tirant profit de leur ignorance ou de leur faiblesse économique entravant, *in fine*, la liberté de consentir du consommateur. Dès lors, il s'agit de protéger l'intégrité du consentement des consommateurs mis à mal dans son aspect volitif.

788. La finalité du régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance lutte contre la contrainte économique. En effet, le régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance s'inscrit dans une problématique beaucoup plus large et complexe : celui du combat contre les abus commis entre contractants ici, professionnels et consommateurs, en raison du déséquilibre des forces économiques qui caractérise leur relation.

789. La lutte contre la contrainte économique au sein du droit de la consommation par le biais du régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance rejoint sur certains points, essentiels, la lutte contre la contrainte économique au sein du droit de la concurrence et du droit civil.

Il ne s'agit en aucun cas, comme beaucoup peuvent le penser, d'une quête d'équilibre, structurel et encore moins contractuel. Le déséquilibre structurel est inhérent à toute relation, or, l'exigence d'un équilibre structurel au sein des relations contractuelles relève du fantasme juridique le plus insatiable. Le but n'étant pas de corriger les déséquilibres structurels ou contractuels mais de sanctionner les abus de déséquilibre des forces

économiques et de protéger, *in fine*, le consentement du consommateur mis à mal dans sa dimension volitive et/ou réflexive.

790. Il faut également tenter de rétablir la véritable finalité de l'abus de vulnérabilité en droit pénal des affaires.

b. La finalité du régime de l'abus de vulnérabilité

791. La finalité de l'abus de vulnérabilité s'inscrit dans la lutte contre la contrainte économique.

Le délit d'abus de vulnérabilité protège, en premier lieu, la liberté de choix des victimes et l'intégrité de leur consentement. En effet, le délit d'abus de vulnérabilité est la situation où l'auteur de l'infraction abuse de l'état d'ignorance ou de la situation de vulnérabilité de la victime en la poussant à accomplir un acte ou une abstention qui lui est gravement préjudiciable dans le seul but d'en tirer profit.

De plus, la réforme portée par la loi du 2 juin 2001⁷⁷⁸ permet de prendre en compte les manipulations mentales réalisées à l'encontre de personnes particulièrement vulnérables les ont conduits à réaliser un acte ou une abstention gravement préjudiciable. Ces manipulations ont conduit ces personnes à passer cet acte ou abstention en abusant de leur vulnérabilité. Aussi, la liberté de choix et le consentement ne sont pas ici totalement libre et éclairé.

La finalité de l'abus faiblesse sanctionne les situations de contrainte économique.

⁷⁷⁸ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, *JORF*, 13 juin 2001, n° 135, p. 9337.

792. Après avoir défini que la finalité poursuivie par les abus de domination en droit de la concurrence et par les abus de faiblesse et de vulnérabilité en droit de la consommation et en droit pénal des affaires, il faut en faire de même pour le régime de la violence économique en droit civil.

3. LA FINALITÉ POURSUIVIE PAR LE RÉGIME DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE

793. La violence économique concerne les relations contractuelles uniquement et plus précisément la formation du contrat.

794. La qualification de la violence économique nécessite la réunion de plusieurs conditions. Il faut démontrer l'existence d'une situation de dépendance économique, l'exploitation abusive de cette dépendance économique, il est nécessaire que cet abus réponde à toutes les critères du vice traditionnel de violence⁷⁷⁹. Autrement dit, l'abus doit présenter une certaine gravité, il doit être illégitime et déterminant, il doit également porter atteinte directement aux intérêts légitimes de la personne. Une intention délictuelle doit être démontrée. Il faut apporter la preuve d'un résultat c'est-à-dire une manifestation de contrainte économique doit être démontrée (engagements à des termes contractuels défavorables, avantages déséquilibrés, sans contrepartie...).

795. Le but de la violence économique est de protéger le consentement de la partie en situation de dépendance économique qui est poussée à accepter un engagement à des

⁷⁷⁹ L. LEVENEUR, *Droit des contrats : 10 ans de jurisprudence commentée 1990-2000 : la pratique en 400 décisions*, coll. Affaires, Finances, Litec, Paris, 2002, p. 38 et s., §23 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : les obligations*, 13^{ème} éd., coll. Sirey Université, série Droit privé, Sirey, Paris, 2012, p. 310, §823.

termes contractuels, afin d'échapper à un mal plus grave, qu'en temps normal c'est-à-dire en dehors de toute contrainte, elle n'aurait jamais accepté.

Le but, *in fine*, étant la protection du consentement de la victime atteint dans sa dimension volitive.

En somme, la lutte contre la contrainte économique et a pour finalité la protection de l'intégrité du consentement de la victime. Ainsi, la contrainte économique a trois fonctions celles de protéger, d'indemniser le préjudice de la victime et de sanctionner le comportement de l'auteur de la contrainte économique.

796. Aussi, la finalité de la lutte contre la contrainte économique étant la protection de l'intégrité du consentement, la fonction principale est de protéger la victime et d'indemniser le préjudice subi par cette-dernière.

L'étude de la finalité de la lutte contre la contrainte économique a mis en exergue que la pérennité contractuelle ne saurait être déterminée comme fonction de la lutte contre la contrainte économique. En effet, pourquoi protéger un acte juridique qui repose sur un consentement extorqué ? La sécurité juridique qui ne peut être un argument suffisant expliquant la pérennité de la relation contractuelle soit privilégiée sur la protection du consentement de la victime de contrainte économique.

De même, il appert de l'analyse des finalités des abus de domination, des abus de faiblesse et de la violence économique que la fonction de la lutte contre la contrainte économique ne relève ni de l'équilibre des forces économique, ni de la recherche de l'efficacité économique ou ni de la régulation du marché. La finalité de la lutte contre la contrainte économique est la protection de l'intégrité du consentement et sa fonction est de protéger et d'indemniser la victime d'une part et de sanctionner le comportement de l'auteur d'autre part.

797. Eu égard à la véritable finalité de la lutte contre la contrainte économique, la réception de la contrainte économique par le Droit apparaît comme étant légitime et impérative. Toutefois, certains continuent de déclarer le Droit illégitime à connaître de la

contrainte économique. L'étude des fondements doctrinaux paraît, alors, nécessaire pour donner une légitimité à la lutte contre la contrainte économique.

B. LES FONDEMENTS DOCTRINAUX DE LA LUTTE CONTRE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE : UNE RÉCEPTION LIGITIME DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT

798. Afin de donner une légitimité à la réception de la notion de contrainte économique par le Droit, il convient de s'attarder sur les fondements doctrinaux permettant de traiter les abus de déséquilibre de forces économiques en matière contractuelle.

799. Les fondements justifiant la lutte contre la contrainte économique peuvent être recherchés au sein du libéralisme juridique et du solidarisme contractuel.

800. Bien que les deux séries d'arguments semblent être inconciliables (1), une fois dépasser la dualité primaire dans laquelle ils sont traditionnellement présentés, le rapprochement, l'articulation et la conciliation entre le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel semblent évidentes. La réception de la contrainte économique par le Droit s'avère être le fruit d'une nécessaire conciliation entre ces deux courants doctrinaux (2).

1. LE REJET DU CLIVAGE TRADITIONNEL DES COURANTS DOCTRINAUX

801. Le clivage traditionnel entre le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel est également à la réception de la notion de contrainte économique.

802. Le libéralisme juridique semble s'opposer à la réception de la contrainte économique par le Droit (a) alors que le solidarisme vise à l'encourager voire même à le renforcer (b).

Ces deux courants de pensées développent des séries d'arguments qui s'opposent quant à la réception de la contrainte économique et sur lesquels ils convient de revenir pour pouvoir dégager les fondements justifient la réception de la contrainte économique par le Droit.

a. Le libéralisme juridique : Un rejet manifeste de la réception de la contrainte économique par le Droit

803. Au début du XIXème siècle, pour la doctrine individualiste soutenue par le libéralisme économique, le contrat est appréhendé comme étant un « *combat entre des intérêts contraires, du moins comme le creuset d'un antagonisme irréductible* »⁷⁸⁰. L'adage qui illustre au mieux cette doctrine peut se résumer ainsi « *en contrat, trompe qui peut* »⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *L.P.A.*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47, §5.

⁷⁸¹ D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 47, §5

Pour les auteurs du Code civil, le droit des contrats repose sur une sainte trinité : liberté, égalité et justice⁷⁸². Selon le modèle contractuel libéral, les Hommes naissent libres et égaux. Ce modèle repose sur l'idée que les contractants « *échang(eai)ent leurs consentements, en toute liberté et sur un pied d'égalité, et nou(ai)ent un lien contractuel marqué du double sceau de l'irrévocabilité et de l'intangibilité* »⁷⁸³. Ainsi, « *la liberté et l'égalité en sont, lors de sa création, le ferment, le contrat incarne nécessairement la justice* »⁷⁸⁴.

804. En définitive, les cocontractants sont réputés être « *les plus adaptés à défendre leurs intérêts* »⁷⁸⁵. Ainsi, ils établissent des contrats nécessairement juste et ce malgré le rapport de force inégal mais inhérent à toute relation contractuelle⁷⁸⁶. En somme, la justice reposerait sur le contrat⁷⁸⁷. Cette doctrine libérale estime qu'il réside dans le contrat le respect de la liberté, de l'égalité et de la justice.

805. Aussi, le libéralisme juridique s'oppose au traitement des déséquilibres contractuels et structurels. Pour ce faire, trois arguments sont présentés par le libéralisme juridique.

Le premier argument mis en avant est celui du respect des dogmes contractuels, principes phares et intouchables du droit des contrats.

En effet, la théorie de l'autonomie de la volonté, le principe du respect de la parole donnée, la force obligatoire des contrats, la liberté contractuelle dictent, selon le libéralisme juridique, un refus de la réception de la contrainte économique.

⁷⁸² D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, p. 291, §2.

⁷⁸³ D. MAZEAUD, *Ibid*, p. 47, §2.

⁷⁸⁴ D. MAZEAUD, *Ibid*, p. 47, §2.

⁷⁸⁵ D. MAZEAUD, *Ibid*, p. 47, §5. Dans ce sens : D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *op. cit.*; F. CHENEDE, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 655, §1.

⁷⁸⁶ D. MAZEAUD, *Ibid*, p. 47, §5.

⁷⁸⁷ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *Ibid*.

806. Le libéralisme juridique repose sur la théorie de l'autonomie de la volonté. Le mot « autonomie » est un dérivé d'« autonome » lequel vient du grec *autonomos* - du préfixe *auto* et du substantif *nomos*, ce dernier correspond en latin à *lex*, en français « loi »⁷⁸⁸. Autrement dit, l'autonomie de la volonté se définit comme étant « le droit de se régir par ses propres lois »⁷⁸⁹.

Pour Nicole CHARDIN, l'autonomie de la volonté se définit « *comme le droit pour l'individu de déterminer librement les règles auxquelles il se soumet* »⁷⁹⁰. Elle estime que pour le libéralisme juridique « *dire que la volonté est autonome c'est admettre que la volonté des contractants crée à elle seule le contrat et les effets qui en découlent* »⁷⁹¹.

807. Ces dogmes reposent sur le postulat selon lequel les Hommes naissent libres et égaux. Ainsi, les Hommes contractent sur un pied d'égalité et librement. Dès lors, ils peuvent exprimer librement leur volonté. S'ils s'obligent ce n'est que parce qu'ils l'ont bien voulu et ce, en donnant un consentement tout à fait libre et éclairé. La doctrine libérale fait écho à l'adage romain : « *coacta voluntas, voluntas est* ». Le contrat est issu d'un libre débat⁷⁹² au terme duquel les parties consentent et s'obligent librement.

808. Aussi, tout engagement reposant sur une volonté libre et cet engagement est profondément juste. Ainsi, nul n'est forcé de contracter mais dès lors que les parties entrent en relation, elles sont tenues de respecter leur engagement c'est-à-dire la parole donnée⁷⁹³. Par conséquent, une partie ne peut seule se défaire d'un contrat, « *sous quelque prétexte que ce soit, qu'elle n'avait pas saisi la portée de son engagement, qu'elle n'avait*

⁷⁸⁸ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2009, n°21, p. 30.

⁷⁸⁹ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *op. cit.*

⁷⁹⁰ N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Thèse Strasbourg, 1987, n°36, p. 33.

⁷⁹¹ N. CHARDIN, *op. cit.*, n° 20, p.25

⁷⁹² F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2009, p. 31.

⁷⁹³ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *op. cit.*, p. 31 ; M. DEPINCE, D. MAINGUY, *Droit de la concurrence*, coll. Manuel, Litec, Paris, 2015, p. 44 et p. 48 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 2004, p. 49-64.

pas mesuré la longueur de cet engagement, son coût. Ce que les parties ont fait, seules les parties, ensemble, peuvent le défaire »⁷⁹⁴.

809. Pour Emmanuel KANT, la théorie de la volonté repose sur la morale et le devoir. En effet, il déclare que « *la volonté est le principe suprême de la morale* »⁷⁹⁵.

Dès lors, selon la conception kantienne, l'autonomie de la volonté est essentielle au contrat et justifie la force obligatoire des contrats. Les contrats sont l'expression de la volonté libre des parties et participe ainsi au bien universel. Le contrat repose sur la volonté libre et permet le juste. Ainsi, une fois consentis, les rapports contractuels doivent s'imposer et s'appliquer.

Alfred FOUILLEE énonçait, ainsi, cette célèbre phrase : « *qui dit contractuel dit juste* »⁷⁹⁶ et d'ajouter « *que toute justice doit être contractuelle* »⁷⁹⁷. En effet, Alfred FOUILLEE estime que le libre jeu des volontés individuelles permet d'atteindre l'équilibre économique et de réaliser le juste.

810. Véronique RENOUIL parle, à ce titre, de « *volontarisme juridique* »⁷⁹⁸. René DEMOGUE déclare sans réserve que l'autonomie de la volonté « *est un des principes les plus important du droit civil* »⁷⁹⁹.

811. Pour Emmanuel GOUNOT, l'autonomie de la volonté est « *l'organe créateur de droit* »⁸⁰⁰. Elle est « *la cause première du droit* »⁸⁰¹. Selon lui, l'autonomie de la volonté est « *la pierre angulaire de tout édifice juridique* »⁸⁰². Il y apporte une réserve, toutefois,

⁷⁹⁴ M. DEPINCE, D. MAINGUY, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁹⁵ E. KANT, *Critiques de la raison pratique*, coll. Garnier Flammarion, Flammarion, Paris, 2003.

⁷⁹⁶ A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, 1^{ère} éd., Hachette, Paris, 1880, p. 410.

⁷⁹⁷ A. FOUILLEE, *op. cit.*, 2^{ème} éd., Hachette, Paris, 1883, p. 45 et p. 47.

⁷⁹⁸ V. RENOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, P.U.F., Paris, 1980.

⁷⁹⁹ R. DEMOGUE cité par E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'études critique de l'individualisme juridique*, Thèse Paris, 1912, p. 7.

⁸⁰⁰ E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'études critique de l'individualisme juridique*, Thèse Paris, 1912, p. 3.

⁸⁰¹ E. GOUNOT, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁰² E. GOUNOT, *Ibid*, p. 28.

en déclarant : « *sous la seule condition, en effet, que les deux volontés en présence respectent mutuellement leur liberté, tout contrat est juste : le droit n'a à se soucier ni de la valeur morale de la fin poursuivie par les parties, ni de la répercussion sociale de leur acte* »⁸⁰³.

812. Ainsi, le traitement de la contrainte économique porterait atteinte aux articles 1102⁸⁰⁴ et 1103⁸⁰⁵ du Code civil c'est-à-dire aux principes de la liberté contractuelle, de la parole donnée et à la force obligatoire des contrats qui y sont consacrés.

De plus, le Conseil Constitutionnel a donné valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle. D'abord, elle a été reconnue, implicitement, par une décision du 10 juin 1998⁸⁰⁶. Puis, elle a été reconnue explicitement par une décision du Conseil Constitutionnel le 19 décembre 2000⁸⁰⁷.

D'ailleurs, BERLIER déclara concernant l'action en rescision pour lésion : « *on fait de tout ceci un cas de conscience ; mais le législateur doit voir de plus haut, et ne pouvant redresser tous les petits griefs individuels, il doit surtout s'opposer à ce qui pourrait troubler la masse* »⁸⁰⁸. Ainsi, « *il reprochait finalement aux rédacteurs du projet d'avoir confondu l'« humanité » et la « justice »* »⁸⁰⁹.

Aussi, le traitement des déséquilibres contractuels et la prise en compte de la contrainte économique apparaît comme une hérésie pour le libéralisme juridique car il consisterait à violer les sacro-saints dogmes contractuels.

⁸⁰³ E. GOUNOT, *Ibid*, p. 28.

⁸⁰⁴ Art. 1102 du C. civ. : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

⁸⁰⁵ Art. 1103 du C. civ. : « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Ancienne codification : art. 1134, al. 1^{er} du C. civ.

⁸⁰⁶ Cons. const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *JORF*, 14 juin 1998, p. 9033.

⁸⁰⁷ Cons. const., n° 2000-437 DC, 19 décembre 2000, *JORF*, 24 décembre 2000, p. 20576.

⁸⁰⁸ J.-G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle*, Paris, 1832, t. 14, p. 66 et p. 83.

⁸⁰⁹ F. CHENEDE, « Napoléon Bonaparte : lésion et violence », *RDC*, 1 septembre 2014, n° 3, p. 527, §3.

813. Le second argument avancé par le libéralisme juridique est la sécurité juridique.

En effet, le libéralisme juridique oppose à l'intervention du juge dans le contrat non seulement l'aléa juridique inhérent à la judiciarisation des contrats mais également l'intangibilité contractuelle permettant d'assurer la prévisibilité, la pérennité contractuelle ainsi que la sécurité juridique⁸¹⁰. Selon le libéralisme juridique, permettre l'annulation des contrats conclus dans une situation de contrainte économique ruinerait la sécurité juridique et la prévisibilité contractuelle. Elle encouragerait les comportements opportunistes et victimaires.

Par ailleurs, le libéralisme juridique rappelle que le Code civil est doté de suffisamment de régimes pour prendre en compte les situations de contrainte économique sans avoir recours à un nouveau régime.

Enfin, le dernier argument repose sur l'idée que « *le jeu du marché est de nature à rétablir ce déséquilibre* »⁸¹¹ ce qui rend tout interventionnisme judiciaire inutile.

814. Toutefois, à la fin du dernier tiers du XX^{ème} siècle⁸¹², la doctrine libérale commence à s'effriter. En cause, une nouvelle réalité contractuelle. A la fin du XIX^{ème} siècle, la pratique contractuelle est marquée par l'émergence des contrats d'adhésion et celle des contrats de dépendance⁸¹³ qui ont pour objet ou effet de tirer profit de la dépendance économique du contractant le plus vulnérable.

Cette nouvelle réalité contractuelle remet en cause la doctrine libérale et met en lumière ses limites. Il est difficile d'affirmer que le contrat repose sur la liberté. Les contrats de dépendance et d'adhésion laissent peu de choix au contractant le plus vulnérable de négocier réellement la relation contractuelle dans laquelle il s'engage ; qui est, le plus souvent, unilatéralement rédigée par le contractant en position de puissance économique.

⁸¹⁰ D. MAINGUY, « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2009, p. 308, §3.

⁸¹¹ C. DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 2002, p. 91.

⁸¹² D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, p. 291, §2.

⁸¹³ F. CHENEDE, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 655, §1.

815. Par ailleurs, le contrat ne repose pas sur une égalité des contractants car les Hommes naissent certes égaux en droit mais ils ne contractent pas sur un pied d'égalité. En raison du rapport de force inégal inhérent à toute relation contractuelle, ils ne négocient pas sur un pied d'égalité d'autant plus que ce déséquilibre des forces économiques a été galvanisé par l'émergence des contrats déséquilibrés. Ainsi, le postulat de départ du libéralisme juridique selon lequel tous les Hommes naissent libres et égaux et qu'ils contractent de manière libre et sur un pied d'égalité est inexact.

Aussi, le contrat devient l'expression et la mise en oeuvre d'une profonde injustice.

L'émergence des contrats déséquilibrés rend le droit des contrats obsolète car désarmé face à ces évolutions. En effet, « *élaborées en contemplation des contrats négociés, les règles de justice du titre III du Livre III du Code civil se sont naturellement révélées insuffisantes* »⁸¹⁴.

816. Afin de faire face à ces nouveaux déséquilibres, le Droit a tenté de répondre en ayant recours à des règles spéciales⁸¹⁵ en droit de la consommation lorsque le déséquilibre a eu lieu dans le cadre de relations entre professionnels et consommateurs et en droit de la concurrence lorsque le déséquilibre a eu lieu dans le cadre de relations entre professionnels.

817. Ainsi, de nombreuses critiques émergent envers le libéralisme juridique : selon les Professeurs François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE⁸¹⁶, Jean-Baptiste-Henri LACORDAIRE répond à Alfred FOUILLEE en déclarant qu'« *entre le fort et le faible (...) c'est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit* »⁸¹⁷.

⁸¹⁴ F. CHENEDE, *op. cit.*

⁸¹⁵ F. CHENEDE, *Ibid.*

⁸¹⁶ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2009, p. 8.

⁸¹⁷ J.-B.-H. LACORDAIRE, *52^{ème} conférence de Notre Dame*, 1848 cité par F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2009, p. 8.

818. Les Professeurs Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER sont beaucoup moins conciliants en déclarant que « *l'autonomie de la volonté est un mythe périmé* »⁸¹⁸.

De même, face aux limites du libéralisme juridique, une doctrine minoritaire qui a vu le jour à la fin du XX^{ème} siècle. Elle prône un nouvel ordre contractuel⁸¹⁹ et avance des arguments en faveur du traitement de la contrainte économique.

b. Le solidarisme contractuel : Une réception exigée de la réception de la contrainte économique par le Droit

819. Face aux limites de la doctrine individualiste, une doctrine minoritaire pense le contrat autrement.

Le solidarisme contractuel, porté par le Professeur Denis MAZEAUD, s'oppose au libéralisme juridique et aux différents dogmes contractuels sur lesquels le libéralisme juridique se fonde pour rejeter tout traitement des situations de contrainte économique tels que la théorie de l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle, la parole donnée, la force obligatoire des contrats.

Il estime que ces dogmes contractuels reposent sur le postulat erroné que les Hommes naissent libres et égaux et que, par conséquent, ils consentiraient librement.

820. Le solidarisme s'inscrit dans une nouvelle vision du contrat et de l'Homme. En effet, il repose sur l'idée que les Hommes ne naissent pas libres et égaux et que par conséquent, les Hommes ne contractent pas toujours librement et sur un pied d'égalité. Ainsi, le consentement qui exprime la volonté n'est pas toujours donné de manière libre et éclairé.

⁸¹⁸ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, 6^{ème} éd., coll. Litec Droit, Litec, Paris, 1998, t. 2 : Contrat, p. 8.

⁸¹⁹ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 2003, p. 215.

En définitive, pour le solidarisme contractuel, tout ce qui est contractuel n'est pas forcément juste⁸²⁰.

821. Aussi, comme le souligne le Professeur Denis MAZEAUD souvent lorsque lors de la conclusion du contrat, un des contractants est en situation de faiblesse ou de vulnérabilité, « *ce déséquilibre des forces se manifeste concrètement par l'élaboration unilatérale du contrat par la partie forte* »⁸²¹. Ainsi, la loi contractuelle serait le reflet de cette inégalité.

822. Dans cet esprit, le solidarisme contractuel propose une nouvelle vision du contrat⁸²². Le contrat ne serait plus le lieu de rencontre d'intérêts antagonistes mais serait un lieu de collaboration, de solidarité, voire même de fraternité, où chaque partie collaborerait avec son cocontractant voire même privilégierait les intérêts de son contractant. Ainsi, la nouvelle devise contractuelle serait : loyauté, solidarité, fraternité⁸²³.

Pour le solidarisme contractuel, le contrat doit reposer sur un « *civisme contractuel* »⁸²⁴. Le contrat serait alors d'une « *union d'intérêts relativement équilibrés, un instrument de coopération loyale, une oeuvre de mutuelle confiance* »⁸²⁵.

823. Le solidarisme contractuel estime que le déséquilibre exprimé par le contrat sur lequel d'ailleurs repose la relation contractuelle ne devrait plus être la « *rançon de la liberté* »⁸²⁶. Les partisans de la doctrine libérale leur rétorquant alors le respect des dogmes contractuels notamment celui de la parole donnée et celui de la force obligatoire

⁸²⁰ A. FOUILLÉE, *L'idée moderne de droit*, 1874.

⁸²¹ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *op. cit.*, p. 215.

⁸²² D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, coll. Etudes, Mélanges, Travaux, *Dalloz et P.U.F.*, 1999, p. 603 ; D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 2003, p. 215 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges J. Ghestin*, coll. Les Mélanges, *L.G.D.J.*, 2001, p. 442.

⁸²³ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*

⁸²⁴ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *L.P.A.*, 7 mai 2004, n° 92, p.47, §5.

⁸²⁵ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *op. cit.*

⁸²⁶ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *Ibid.*, p.47, §21.

des contrats qui sont intangibles. Pour le Professeur Denis MAZEAUD, la force obligatoire n'est pas un « *dogme absolu* »⁸²⁷. Il doit pouvoir être « *écorché* » dès lors qu'il n'est plus adapté⁸²⁸. Or, force est de constater que face à la nouvelle réalité contractuelle dès la fin du XXème siècle, les dogmes contractuels ne sont plus vraiment d'actualité. Ils ne permettent pas de traiter toutes les situations contractuelles. Ils n'assurent plus à eux seuls le respect de la liberté, de l'égalité et de la justice au sein du contrat. Par conséquent, le solidarisme contractuel encourage le Droit à prévenir ou à sanctionner les situations de déséquilibre dans les relations contractuelles.

824. Sans confondre « *droit et morale ou Code civil et évangile* »⁸²⁹, le solidarisme contractuel plaide pour une nouvelle manière de penser le contrat qui reposerait tout autant sur la liberté contractuelle que la loyauté et la justice contractuelle.

825. Pour ce faire, le solidarisme contractuel donne corps à sa théorie en se fondant sur l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil⁸³⁰ jusqu'à lors très peu sollicité par la communauté juridique en droit civil et plus précisément sur les notions de justice contractuelle et de bonne foi. En effet, « *les principes de justice et d'équilibre qui sous-tendent le droit de la consommation n'ont de cesse d'influencer la jurisprudence civile* »⁸³¹.

Certains auteurs⁸³² proposent une double interprétation de cet alinéa.

⁸²⁷ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *Ibid*, p.47, §14.

⁸²⁸ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *Ibid*, p.47, §14.

⁸²⁹ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *Ibid*, p.47, §5.

⁸³⁰ Ancienne codification : art. 1134, al. 3^{ème} du C. civ. : « *Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». Nouvelle codification : art. 1104 du C. civ par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁸³¹ V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation/droit des contrats : le bilan 20 ans après », *L.P.A.*, 15 avril 2015, n° 75, p. 4.

⁸³² C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges J. Ghestin*, coll. Les Mélanges, *L.G.D.J.*, 2001, p. 442.

Traditionnellement pour les juristes, l'alinéa 3 de l'article 1134 complétait l'alinéa 1^{er}. L'alinéa 3 selon lequel : « *elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi* »⁸³³ précise dans quelle mesure cette loi s'impose à ces personnes. Ainsi, selon l'interprétation conventionnelle, l'alinéa 3 de l'article 1134 a un rôle accessoire à celui de l'alinéa 1^{er}.

826. Face à cette interprétation classique de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil, le solidarisme contractuel développe une deuxième interprétation. Le solidarisme contractuel offre une indépendance à l'alinéa 3 vis-à-vis de l'alinéa 1^{er}. Selon eux, la lettre de l'article 1134 permet de considérer que l'alinéa 3 est indépendant des alinéas précédents⁸³⁴ et doit être interprété seul. Ils considèrent que cet alinéa n'a pas à être interprété à travers le prisme de l'alinéa 1^{er}.

827. Le solidarisme contractuel va jusqu'à saluer la « *mise en forme de principes contractuels sous-jacents, qui ne met pas en péril la sécurité contractuelle, et se contente d'éclairer les fondements traditionnels du droit des contrats* »⁸³⁵.

Pour le solidarisme contractuel, « *les déséquilibres excessifs qui résultent de l'exploitation d'un rapport de forces inégalitaire au stade de la conclusion du contrat ne peuvent plus être excusés au nom d'une prétendue liberté contractuelle* »⁸³⁶.

828. En offrant une indépendance à l'alinéa 3, le solidarisme contractuel accorde à la bonne foi toute légitimité pour appréhender les situations de contrainte économique. Dès lors, le solidarisme s'est fondé sur la bonne foi.

⁸³³ Ancienne codification : art. 1134, al. 3^{ème} du C. civ. : « *Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». Nouvelle codification : art. 1104 du C. civ par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁸³⁴ F. DE BOUARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, L.G.D.J., 2007, p. 223.

⁸³⁵ D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 279, §8.

⁸³⁶ D. MAZEAUD, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.*, 2009, p. 1364, §7.

Les détracteurs du solidarisme contractuel mettent en avant le caractère flou de la bonne foi. Le solidarisme contractuel a rétorqué à cette critique que « *comme tout standard juridique, la bonne foi n'est réductible à une définition précise [...]* »⁸³⁷ et que « *la rançon de sa souplesse est incontestablement le flou qui entoure sa définition* »⁸³⁸.

Il lui a été également reproché que le recours à la bonne foi pour justifier le traitement des déséquilibres contractuels mettrait en péril la pérennité contractuelle et placerait les justiciables sous l'aléa juridique des juges qui seraient alors tentés d'en abuser. Par ailleurs certains remettent en cause le recours à la bonne foi en raison de sa portée limitée et de la subjectivité inhérente à cette notion qui ne permettrait pas d'assurer un certain équilibre⁸³⁹.

On ne peut opposer à ces attaques que la sagesse et l'expérience des juges qui auraient pu, à de maintes reprises, déjà par le passé, abuser de leur interprétation créatrice mais qui se sont toujours refusés à le faire. Ils font preuve de parcimonie dans l'exercice de leurs fonctions.

A juste titre, la jurisprudence a eu recours de manière subtile et proportionnée à sa fonction d'interprétation créatrice pour étendre le domaine de la bonne foi au stade de la formation du contrat. Elle a également créé des devoirs tels que devoir de collaboration, de coopération, de cohérence qui reposent sur la bonne foi.

829. Le solidarisme contractuel montre finalement quelques limites bien que sa vision humaniste de la matière contractuelle est intéressante ainsi que l'interprétation innovante de l'article 1134 (alinéa 3)⁸⁴⁰.

Il peut être reproché au solidarisme contractuel d'aller bien trop loin. En effet, il est difficile d'imaginer que les contractants puissent mettre les intérêts de leur cocontractant au-dessus des leurs. De plus, il est tout simplement impossible de traiter tous les déséquilibres structurels ou contractuels sans risquer de porter une atteinte grave,

⁸³⁷ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 279, §8.

⁸³⁸ D. FENOUILLET, *Ibid*, p. 279, §8.

⁸³⁹ D. FENOUILLET, *Ibid*, p. 279, §49.

⁸⁴⁰ Ancienne codification : art. 1134, al. 3^{ème} du C. civ. : « *Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». Nouvelle codification : art. 1104 du C. civ par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

injustifiée et disproportionnée aux dogmes contractuels et de vider la matière contractuelle de son essence (liberté contractuelle, liberté de contracter, de choisir son partenaire, de contracter aux termes souhaités, force obligatoire des contrats...).

830. Pour éviter cela, il faut prendre en compte les déséquilibres structurels uniquement lorsqu'il y a abus. La majorité des relations contractuelles prend la forme d'un déséquilibre structurel autrement dit un rapport de force économique inégal.

De plus, on ne doit pas sanctionner tous les déséquilibres contractuels. Ils peuvent résulter d'une réelle stratégie de coopération commerciale. A partir de quel seuil le déséquilibre contractuel est-il acceptable ? Il faut, en revanche, sanctionner les situations menant à des déséquilibres quand elles reposent sur un consentement vicié.

A défaut de prendre ces précautions, le risque d'un aléa juridique est réel.

831. Ainsi, l'étude de ces deux courants doctrinaux révèle les insuffisances et les limites de ces-derniers. En l'état aucun des deux n'apporte de réponse satisfaisante quant à la légitimité de la réception de la contrainte économique par le Droit. Ils reposent tous deux sur des postulats erronés. Ce n'est que par la rencontre et l'association de ces deux courants de pensées que la réception de la contrainte économique par le Droit est légitime.

2. LE FRUIT D'UNE NÉCESSAIRE ARTICULATION ENTRE LES COURANTS DOCTRINAUX

832. Ces deux courants de pensées ont vite atteint leurs limites. Le recours exclusif à l'un comme à l'autre est insuffisant pour justifier le traitement de la contrainte économique.

833. Le libéralisme juridique et les dogmes contractuels qui en découlent reposent effectivement sur le postulat erroné selon lequel tous les Hommes naissent libres et égaux.

Dans toutes relations humaines et *a fortiori* dans les relations économiques, il y a toujours un dominant et un dominé. Et très souvent, le dominant impose sa loi au dominé. La loi contractuelle est dès lors souvent imposée par le dominant. Le contrat devient donc l'illustration de ce déséquilibre structurel et contractuel et, est parfois le reflet d'une situation de contrainte économique.

834. Contrairement à ce que souhaitent le solidarisme contractuel, il est impossible de sanctionner au nom de la justice contractuelle tous les déséquilibres contractuels car ils peuvent découler d'une stratégie commerciale. Cela participerait à exposer tous les justiciables à de l'insécurité juridique. Il faut se limiter aux abus de déséquilibre structurel car l'objet de la protection est le consentement. Le consentement n'est pas libre et éclairé lorsqu'il est donné dans le cadre d'un rapport de force économique inégal exploité pour imposer une relation contractuelle. Donc, il faut se limiter à sanctionner les abus de déséquilibre structurel. Par ailleurs, il est inconcevable comme le soutient le solidarisme contractuel que les contractants soient disposés à mettre en avant les intérêts de leur cocontractant quitte à les privilégier sur les leurs⁸⁴¹.

835. De même, le solidarisme contractuel est critiquable en raison de sa vision quelque peu utopique des relations contractuelles.

Dans toute relation économique, chaque partie cherche à tirer profit au maximum pour une contrepartie minimum et non pas à privilégier les intérêts de son cocontractant sur les siens.

836. Ainsi, le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel sont tous deux des courants doctrinaux consacrant des principes impératifs mais les postulats de départ sont

⁸⁴¹ Dans le même sens : J. MESTRE, « Bonne foi et équité, même combat ! », *RTD civ.*, 1990, p. 649 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STUFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd., coll. Droit civil, Defrénois-Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 287.

erronés et insuffisants pour expliquer la prise en compte de la contrainte économique par le Droit.

837. Malgré ce postulat incorrect, le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel consacrent tous deux des principes essentiels dont le respect s'impose. Les dogmes contractuels ont autorité et doivent s'appliquer quand les parties au contrat ont donné un consentement libre et éclairé. Dès lors que la démonstration d'un consentement libre et éclairé est faite, les dogmes contractuels s'imposent. Mais encore faut-il pour cela que le consentement soit libéré et éclairé. La liberté contractuelle ne devrait pas être comprise comme exclusive de la justice contractuelle ou de la loyauté contractuelle. Enfin, le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel ne sont pas contradictoires mais complémentaires pour assurer un bon traitement des comportements répréhensibles en matière contractuelle. Tant que la justice contractuelle et la bonne foi sont respectées, la liberté contractuelle peut s'appliquer. Mais elle ne s'applique et s'impose qu'à la condition que la bonne foi soit respectée en amont.

838. L'objectif essentiel du droit des contrats reste la liberté contractuelle⁸⁴². Autrement dit, la possibilité de contracter et d'entamer une relation contractuelle, de choisir librement ses cocontractants et de déterminer librement le contenu de cette relation. Mais, le solidarisme contractuel rappelle que ce principe de liberté contractuelle se fait dans les limites de l'ordre public et des bonnes moeurs. Comme le soulignait récemment, le législateur à travers l'article 1102 du Code civil qui déclare que : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. **La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*** ».

839. Le solidarisme contractuel estime que la liberté contractuelle n'est en rien limitée, entachée ou écorchée. La liberté contractuelle ne peut être respectée et ne peut exister que

⁸⁴² M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet » », *JCP*, 22 octobre 2008, n° 43, I, 199, p. 3.

lorsque la justice contractuelle est respectée. Autrement dit, les dogmes contractuels essentiels soutenus par le libéralisme juridique seront respectés à condition que le contrat repose en amont sur la justice contractuelle et qu'il ait été formé de bonne foi.

840. Le traitement de la contrainte économique n'est pas antinomique avec le rejet des dogmes contractuels protégés par le libéralisme juridique. Le traitement de la contrainte économique a pour objectif la protection du consentement de la partie faible dont le consentement a été extorqué par la partie forte.

841. Le rejet d'un recours exclusif à l'un des deux courants de pensées pour sanctionner la contrainte économique est nécessaire. Seule l'articulation entre ces courants permettra, d'une part, d'assurer le respect de chaque principes impératifs et d'autre part, de saisir les fondements de la réception de la contrainte économique et ainsi d'offrir à la lutte contre la contrainte économique une légitimité certaine⁸⁴³.

Ainsi, seule une articulation entre ces deux courants de pensées permettra d'une part, d'appréhender la réalité telle quelle est à savoir que les postulats sur lesquels reposent ces courant doctrinaux sont erronés ; et d'autre part, elle permettra de prendre en compte la contrainte économique ou du moins de donner une légitimité à la réception de la contrainte économique par le Droit.

842. Ainsi, l'articulation des dogmes contractuels soutenue par le libéralisme juridique (liberté contractuelle, force obligatoire des contrats, respect de la parole donnée, sécurité juridique) et le respect des dogmes contractuels soutenu par le solidarisme contractuel (justice contractuelle, solidarité et loyauté contractuelle) sont nécessaires à toute lutte contre la contrainte économique.

⁸⁴³ Dans le sens d'une possible conciliation entre « *impératifs complémentaires* » : C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, avril-juin, 1997, p. 384.

843. Une nécessaire conciliation entre liberté contractuelle et bonne foi. D'ailleurs, l'articulation et la conciliation entre les différents dogmes semblent être également la voie que les projets de réforme ont choisi de suivre par légitimer le traitement de la contrainte économique.

Pour les auteurs du projet LANDO⁸⁴⁴ « *la liberté contractuelle doit composer avec l'impératif de bonne foi qui la canalise et la tempère depuis la négociation jusqu'à l'exportation du contrat* »⁸⁴⁵. Le projet s'y réfère de manière implicite dans de nombreuses dispositions. Ainsi, la liberté contractuelle est consacrée sous réserve des exigences de bonne foi⁸⁴⁶.

De même, pour le Projet CATALA où « *la négociation précontractuelle est dominée par l'idée de liberté, tempérée par une exigence de loyauté* »⁸⁴⁷.

Ainsi, les projets de réforme adoptent une position contraire à la position traditionnelle française et au lieu de traiter la liberté contractuelle et la loyauté contractuelle de manière exclusive, ils ont recours à la voie de la complémentarité⁸⁴⁸.

844. Par ailleurs, le Cadre commun de référence a également consacré les dogmes contractuels aussi bien soutenus par le libéralisme juridique que les dogmes contractuels soutenus par le solidarisme contractuel. Il rappelle que la liberté contractuelle, dogme absolu du droit des contrats est encadrée par la justice et de la loyauté contractuelle. Autrement dit, la liberté contractuelle est respectée dès lors que la relation contractuelle a été formée dans le respect de la justice et de la loyauté contractuelle. Ainsi, il met en

⁸⁴⁴ Art. 1 : 102 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

⁸⁴⁵ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959, §9.

⁸⁴⁶ Art. 4 : 109 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 : « (2) *A la requête de la partie lésée, le tribunal peut, s'il le juge approprié, adapter le contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne foi* ».

⁸⁴⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *L.P.A.*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3, §12.

⁸⁴⁸ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *L.P.A.*, 7 mai 2004, n° 92, p.47, §25.

avant l'idée que la liberté contractuelle est respectée dès lors que la justice et de la loyauté contractuelle sont respectées. Ces dogmes contractuels absolus ne s'opposent pas forcément. Ils peuvent et doivent s'articuler voire même se concilier afin de permettre à chacun d'être respecté. Par ailleurs, cette conciliation permet de légitimer le traitement de la contrainte économique.

845. La liberté contractuelle est consacrée dans une section I. L'article 0 : 101 intitulé « liberté des parties de conclure le contrat » déclare que : « *chacun est libre de contracter et de choisir son cocontractant. Les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat et les règles de forme qui lui sont applicables. La liberté contractuelle s'exerce dans le respect des règles impératives* ».

De même, le Cadre commun de référence consacre la bonne foi comme étant un principe directeur (la section III nommée « loyauté contractuelle »). L'article 0 : 301 intitulé « devoir général de bonne foi » déclare que : « *chacune des parties est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi, depuis la négociation du contrat jusqu'à la réalisation de l'ensemble de ses effets. Les parties ne peuvent exclure ce devoir, ni le limiter* ».

846. Une lecture conjointe met en lumière la volonté des auteurs du Cadre commun de référence de consacrer subtilement l'idée que l'articulation entre ces dogmes est nécessaire et essentielle, au traitement des déséquilibres contractuels et plus précisément au traitement de la contrainte économique.

En effet, l'article 0 : 101 alinéa 3 déclare que : « *la liberté contractuelle s'exerce dans le respect des règles impératives* ». Ainsi, la liberté contractuelle est l'un des dogmes absolus du droit des contrats et s'impose mais dans la limite du respect des règles impératives. Or, en déclarant que « *les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter* »⁸⁴⁹, l'article 0 : 301 consacre la bonne foi comme telle et rappelle son caractère

⁸⁴⁹ Art. 0 : 301, al. 3^{ème} de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels*

obligatoire et intangible dans son existence et dans son contenu. Autrement dit, la liberté contractuelle s'applique sous réserve de bonne foi dans la négociation, dans l'exécution et dans l'extinction du contrat.

847. Au fond, l'idée portée par les projets de réforme est que la bonne foi, principe contractuel phare reposant sur la loyauté contractuelle et la justice contractuelle, est « *un objectif placé sur le même rang que la sécurité des relations contractuelles* »⁸⁵⁰ et celui de la liberté contractuelle.

Les projets de réforme consacrent l'idée présentée par le solidarisme contractuel. Le principe de bonne foi milite pour un rapport contractuel plus sain et plus loyal. Le Professeur Gérard CORNU déclare que : « *la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat doivent compter avec les aspirations de la justice contractuelle. (...) Ces avancées de la justice contractuelle s'accompagnent (...) du plus grand rayonnement donné à la bonne foi* »⁸⁵¹.

848. La nécessité de sanctionner les situations de contrainte économique est impulsée par de grands principes du droit eux-mêmes répondant à la morale, au juste et au mauvais.

C'est la justice contractuelle, la loyauté contractuelle, l'équilibre contractuel et plus largement le principe de bonne foi qui commandent de limiter les dérives causées par la liberté contractuelle et la prise en compte de la contrainte économique.

communs. Projet de cadre commun de référence, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

⁸⁵⁰ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959, §16.

⁸⁵¹ G. CORNU, Introduction à propos du livre 3 titre 3 « des obligations » in (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005.

849. En effet, le projet CATALA⁸⁵² et le projet CHANCELLERIE⁸⁵³, les principes UNIDROIT⁸⁵⁴ consacrent la bonne foi comme principe directeur devant être respectés aussi bien au titre de la formation du contrat que de l'exécution du contrat. Le projet TERRE prévoit également que : « *les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi* »⁸⁵⁵.

La bonne foi est alors entendue comme une « *idée fondamentale à la base des principes* »⁸⁵⁶.

Les projets de réforme tentent de faire passer l'idée que les parties doivent agir en bonne foi et ce même en l'absence de disposition et durant toute la durée du contrat en incluant donc la phase précontractuelle.

850. Le Professeur Denis MAZEAUD estime que la bonne foi s'entend « *d'une exigence minimum d'honnêteté et de moralité qui contraint chaque contractant à se comporter de façon civilisée dans l'univers contractuel* »⁸⁵⁷. Il va bien plus loin estimant que la bonne foi doit être le support d'un devoir de coopération permettant au contrat de produire son plein effet⁸⁵⁸.

851. Les détracteurs de la consécration de certains principes contractuels en tant que principes directeurs et notamment de la bonne foi du droit des contrats estiment que la consécration des principes directeurs devrait reposer sur une reconnaissance

⁸⁵² Art. 1104 et s. du (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005.

⁸⁵³ Art. 18 du *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009.

⁸⁵⁴ Art. 1.7 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 : concerne aussi bien la formation, l'exécution que l'extinction du contrat.

⁸⁵⁵ Art. 5 du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

⁸⁵⁶ Commentaires sous art. 1.7 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

⁸⁵⁷ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *L.P.A.*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47, §26.

⁸⁵⁸ D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 47, §26.

jurisprudentielle et non légale sans quoi elle aurait vite fait de devenir une oeuvre doctrinale⁸⁵⁹.

Par ailleurs, selon eux, le fait que le recours à des termes généraux et abstraits inhérents à la consécration des dogmes contractuels érigés comme principes directeurs est à déplorer car il offrirait au juge plus d'opportunité de s'immiscer dans la relation contractuelle et aboutirait à la création d'un « *super droit commun* » qui permettrait de se détourner de l'ensemble des règles encadrant le contrat »⁸⁶⁰.

852. Le Professeur Mustapha MEKKI rappelle que la bonne foi existe déjà sans que les juges y aient recours de manière excessive et il balaye ainsi d'un revers de main l'argument reposant sur la peur d'une intervention trop excessive du juge⁸⁶¹. Par ailleurs, afin de contredire l'éventuelle rupture avec la vision traditionnelle que certains voient dans l'articulation de ces dogmes contractuels, il rappelle que les principes directeurs sont « *une remise en ordre, une rationalisation du droit des contrat* »⁸⁶².

853. Toutefois, malgré le fait que la bonne foi soit considérée aujourd'hui par le droit progressif dans sa globalité comme étant un « *pilier de l'ordre contractuel* »⁸⁶³, les Professeurs Denis MAZEAUD et Bénédicte FAUVARQUE-COSSON relèvent que l'importance donnée à la bonne foi est distincte entre les projets de réforme en droit européen et en droit interne.

⁸⁵⁹ 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, §17.

⁸⁶⁰ M. MEKKI, *op. cit.*, p. 816, §18.

⁸⁶¹ Dans le même sens : D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, p. 291, §16.

⁸⁶² M. MEKKI, *Ibid*, p. 816, §21.

⁸⁶³ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *L.P.A.*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3, §24 ; Dans le même sens : D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959, §16 : la bonne foi constitue « *une valeur contractuelle fondamentale et fondatrice* » ; D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *L.P.A.*, 7 mai 2004, n° 92, p.47, §25 et s.

854. Contrairement aux projets de réforme en droit européen qui consacrent expressément la bonne foi comme principe directeur du droit des contrats, les projets de réforme en droit interne consacrent la bonne foi de manière implicite à travers différents textes mais ne consacrent aucunement le devoir de conclure le contrat et d'y mettre fin de bonne foi⁸⁶⁴.

D'ailleurs, pour que les projets de réforme en droit européen, la bonne foi est une « *force d'appoint* »⁸⁶⁵ c'est-à-dire qu'elle occupe un « *rôle fondateur* »⁸⁶⁶ permettant d'encadrer la liberté contractuelle et de faire respecter la loyauté contractuelle. Elle n'est qu'un « *simple correctif des règles techniques et des concepts rigides et abstraits* »⁸⁶⁷ qui régit le droit des contrats.

855. Comme le rappelle justement le Professeur François CHENEDE, la justice contractuelle sous couvert de bonne foi est l'une des finalités du droit des contrats au même titre donc que la liberté contractuelle. Elle est donc l'une des conditions de validité des contrats. Il déclare que : « *les conventions tiennent de loi à ceux qui les ont faites, oui, mais uniquement, comme le rappelle l'article 1134⁸⁶⁸, si elles ont été « légalement formées », c'est-à-dire si elles respectent les conditions de validité énoncées à l'article 1108⁸⁶⁹ du Code civil* »⁸⁷⁰. Autrement dit, le respect de l'intérêt général c'est-à-dire de l'ordre public et le respect de l'intérêt individuel des parties⁸⁷¹ c'est-à-dire ne pas porter atteinte injustement et de manière excessive à l'intérêt de l'un des contractants.

⁸⁶⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 3, §24.

⁸⁶⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, *Ibid*, p. 3, §24 ; D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *op. cit.*, p.47, §25 et s.

⁸⁶⁶ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959, §16.

⁸⁶⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, *Ibid*, p. 3, §24. Dans le même sens : D. MAZEAUD, « Observations conclusives », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 177, §25 ; D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *Ibid*, p.47, §25 et s.

⁸⁶⁸ Ancienne codification : art. 1134 du C. civ. Nouvelle codification : art. 1103 du C. civ. par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁸⁶⁹ Ancienne codification : art. 1108 du C. civ. Nouvelle codification : art. 1128 du C. civ. par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁸⁷⁰ F. CHENEDE, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 655, §1.

⁸⁷¹ F. CHENEDE, *op. cit.*

856. Les projets de réforme ne proposent rien de véritablement nouveau. Ce qui est innovant c'est la volonté de le consacrer législativement. Mais comme le souligne si justement le Professeur Denis MAZEAUD, le recours à la bonne foi et la consécration de la loyauté contractuelle et de la justice contractuelle comme principes directeurs des droits des contrats à coté de la liberté contractuelle et ce, dans le cadre d'une articulation ne devrait en aucun cas être considéré comme « *une rupture nette et brutale avec nos solutions actuelles mais bien plutôt une relative continuité* »⁸⁷².

857. Le Professeur Mustapha MEKKI déclare même que la « *liberté et loyauté se présentent ainsi comme les deux piliers du temple et constituent à eux deux l'âme du droit des contrats* »⁸⁷³.

Ainsi, la liberté contractuelle est assurée et respectée, elle est juste canalisée par la bonne foi. Les deux marchent main dans la main. Elles s'articulent parfaitement et se concilient nécessairement pour permettre au contrat d'être valablement formé, d'être le reflet de la volonté des parties et de produire des effets.

L'idée d'une nécessaire articulation entre les différents dogmes contractuels et les principes contractuels n'est pas nouvelle. Jean-Etienne-Marie PORTALIS déclarait déjà lors des débats préparatoires sur le Code civil qu'« *en matière civile comme en matière commerciale, il faut de la bonne foi, de la réciprocité et de l'égalité dans les contrats* »⁸⁷⁴.

858. La question est alors de savoir comment établir un équilibre entre liberté contractuelle, sécurité juridique et justice contractuelle⁸⁷⁵.

Afin d'assurer le respect de ces impératifs, seules les situations de contrainte économique seront sanctionnées. Autrement dit, la sécurité juridique sera respectée car seules les exploitations abusives de déséquilibre structurel seront prohibées et non les déséquilibres

⁸⁷² D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *Ibid*, p.47, §24.

⁸⁷³ M. MEKKI, *Ibid*, p. 816, §22.

⁸⁷⁴ P. DUPICHOT, « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats », *Dr. et parti.*, 2015, n° 247, p. 13.

⁸⁷⁵ M. FONTAINE, « Table ronde : Le regard des juristes européens. Quelques observations à propos du projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 372, §6.

contractuels dès lors qu'il y a un rapport de force économique inégal lors de la formation du contrat comme le souhaite le solidarisme contractuel.

859. De plus, il n'y a pas d'atteinte à la liberté contractuelle car elle suppose un consentement libre. La liberté contractuelle ayant valeur constitutionnelle, seule une atteinte légitime, proportionnée et limitée être portée.

Or, en sanctionnant uniquement les situations de contrainte économique l'atteinte à la liberté contractuelle est bien légitime car le traitement des abus de déséquilibre structurel sert à protéger le consentement de la victime. De plus, elle est bien proportionnée et limitée car seuls les abus de déséquilibre structurel sont concernés c'est-à-dire les déséquilibres structurels excessifs sont concernés et non tous les déséquilibres structurels (comme le souhaite le solidarisme contractuel).

860. L'article 1134 alinéa 3⁸⁷⁶ du Code civil permet de saisir ces situations en se référant à l'interprétation retenue par le solidarisme contractuel selon laquelle l'alinéa 3⁸⁷⁷ indépendant de l'alinéa 1^{er}⁸⁷⁸ impose que les conventions doivent certes être interprétées de bonne foi (alinéa 3⁸⁷⁹) mais encore faut-il pour cela qu'elles soient légalement formées (alinéa 1^{er}⁸⁸⁰). Autrement dit, qu'elles respectent les impératifs de l'article 1108⁸⁸¹ du Code civil et donc qu'elles reposent entre autres sur un consentement libre et éclairé.

Par ailleurs, il n'y a pas d'atteinte portée aux dogmes contractuels car les dogmes ne trouvent application qu'à la condition que le consentement soit libre. Autrement dit, la liberté contractuelle est encadrée par la justice contractuelle. Ce n'est pas le cas, pour les

⁸⁷⁶ Nouvelle codification : art. 1104 du C. civ. depuis l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁸⁷⁷ Nouvelle codification : art. 1104 du C. civ. depuis l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁸⁷⁸ Nouvelle codification : art. 1103 du C. civ. depuis l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁸⁷⁹ Nouvelle codification : art. 1104 du C. civ. depuis l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁸⁸⁰ Nouvelle codification : art. 1103 du C. civ. depuis l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁸⁸¹ Nouvelle codification : art. 1128 du C. civ. depuis l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

situations de contrainte économique où le consentement est extorqué. Par conséquent, ces dogmes n'ont pas vocation à s'appliquer.

Ainsi, la sécurité juridique, la liberté contractuelle et la justice contractuelle seront respectées. Un subtil équilibre entre ces dogmes est donc tout à fait possible et même nécessaire.

861. En somme, ces dogmes doivent s'articuler, se concilier afin qu'ils soient respectés et que le traitement des abus de déséquilibre structurel soit justifié.

La lettre de la contrainte économique ne peut se légitimer que par l'articulation entre les différents dogmes contractuels défendus par le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel. La réception de la contrainte économique par le Droit ne peut être que le fruit d'une articulation entre liberté contractuelle, sécurité juridique et loyauté et justice contractuelle.

Afin de compléter l'étude de la notion de contrainte économique, il convient d'étudier les éléments composants proprement dit la notion de contrainte économique.

PARAGRAPHE II. LES COMPOSANTES DE LA NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

862. Pour déterminer un régime commun à la notion de contrainte économique, il faut déterminer en amont les composantes de la notion de contrainte économique. Pour ce faire, il faut décortiquer les notions et les régimes traitant de la contrainte économique. Or, l'étude des notions de l'abus de position dominante, l'abus de dépendance économique, l'abus de faiblesse, l'abus de vulnérabilité et la violence économique a permis de déterminer les conditions de la notion de contrainte économique (B) et de mettre en lumière les caractéristiques propres à la notion contrainte économique (A).

A. LES CARACTÉRISTIQUES DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

863. L'étude des régimes traitant de la notion de contrainte économique a permis de mettre en exergue différentes caractéristiques de la notion de contrainte économique. Ces caractéristiques sont des enseignements précieux pour la compréhension de la notion de contrainte économique et de l'échec du traitement de la contrainte économique.

864. La contrainte économique : contrainte de l'économie ou contrainte d'ordre économique ? Nombreux sont ceux, qui peuvent penser qu'à travers la notion de contrainte économique, il s'agit d'une contrainte économique d'ordre étatique, par exemple le droit des concentrations (les contrôles *a priori* et *a posteriori* en droit économique). Ici, il s'agit d'une contrainte d'ordre économique infligée entre agents privés.

865. Contrainte économique, une situation contextuelle très variée. La contrainte économique est une situation de fait. C'est une notion très contextuelle. La contrainte économique couvre un nombre de situations très diverses (relations contractuelles/situations concurrentielles ; les personnes morales/les personnes physiques ; relations entre particuliers, relations entre professionnels, relations professionnel/consommateur ; faiblesse ou domination de nature économique et non-économique, intrinsèque/extrinsèque). Les éléments de la notion de contrainte économique relèvent de l'appréciation subjective.

Elle doit faire preuve de beaucoup de pragmatisme, de flexibilité, de malléabilité. Le traitement de la contrainte économique doit être réactif et malléable pour satisfaire à la rigidité du droit civil, à la polyvalence du droit de la concurrence et à la spécificité du droit de la consommation et du droit pénal des affaires.

866. Contrainte économique : une contrainte faite dans un intérêt économique. La contrainte économique est toujours réalisée dans un intérêt économique que la faiblesse soit économique ou non-économique, le contractant dominé devra toujours faire face à un contractant qui est en situation de puissance économique (position dominante, puissance d'achat, puissance de vente). D'ailleurs, en raison de la domination relative de son cocontractant, le contractant dominé est en situation de faiblesse (dépendance économique, faiblesse économique, vulnérabilité intrinsèque ou extrinsèque).

La contrainte économique est une contrainte qui n'est pas qu'exclusivement d'ordre économique, elle peut être non-économique. Mais, elle est toujours réalisée dans un intérêt économique. Ainsi, la contrainte économique se caractérise toujours par un déséquilibre des forces économiques, et ce, même si la faiblesse est purement non-économique. Elle est toujours une contrainte d'ordre économique.

867. La contrainte économique : vice du consentement ? En effet, à bien des égards la contrainte économique se rapproche fortement des vices du consentement⁸⁸², toutefois, l'assimilation est à rejeter. CORNU définit les vices du consentement comme étant des « *perturbations qui, lors de la formation de l'acte juridique, entament la lucidité ou la liberté du consentement (erreur, dol, violence) sans cependant l'abolir entièrement (...)* et qui constituent, comme l'incapacité d'exercice, une cause de nullité relative »⁸⁸³.

La contrainte économique peut être qualifiée de vice du consentement. En effet, elle vise à sanctionner des situations où le consentement de la victime a été mis à mal dans son élément de liberté et/ou dans son élément intellectuel. La contrainte économique a pour but de protéger l'intégrité du consentement.

868. Toutefois, cette assimilation devient très difficile en raison du domaine d'application de la contrainte économique. En effet, la contrainte économique couvre des situations très diverses. Son champ d'application ne se limite pas à aux relations contractuelles ou à la

⁸⁸² Art. 1109 du C. civ. : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ».

⁸⁸³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., coll. Quadrige dicos poche, P.U.F., Paris, 2011, p. 1062 : v. vice du consentement.

formation du contrat. Bien au contraire, elle concerne également l'exécution du contrat, la rupture du lien contractuel. Elle couvre également les relations extra-contractuelles. Or, les vices du consentement ne concernent que la formation du contrat et les relations contractuelles.

Par conséquent, la contrainte économique ne peut être qualifiée, au sens traditionnel, de vice du consentement, et ce même si elle vise à protéger l'intégrité du consentement de la victime.

869. Contrainte économique : dimension volitive et dimension réflexive. Dans le cas de relations entre particulier/professionnel, la contrainte économique porte plus atteinte à la dimension réflexive des particuliers que la dimension volitive de leur consentement. Tandis que, dans le cas d'une relation entre professionnels, c'est la dimension volitive du consentement qui est affectée par la contrainte économique.

870. Dans le premier cas, le professionnel, auteur de la contrainte économique, ne dispose d'aucun moyen de pression contre le particulier, victime de la contrainte économique. En effet, si le particulier ne souhaite pas consommer un bien ou un service chez le professionnel, l'abondance de l'offre est telle, qu'il n'a que l'embarras du choix. Ainsi, le professionnel ne peut que très difficilement le retenir ou dans des cas très ponctuels (quand les biens ou les services sont tellement rares en quantité ou en qualité). Par ailleurs, le professionnel ne peut pas menacer la présence ou l'existence du particulier si ce dernier refuse l'offre du professionnel, comme cela peut être le cas avec un professionnel (personne morale). De plus, les particuliers sont profanes. Ils ne sont pas familiers avec les pratiques professionnelles.

Par conséquent, le professionnel, désirant avoir recours à la contrainte économique afin de dicter un certain comportement au particulier doit user de dupes et de stratagèmes. Il lui est impossible d'avoir recours à une contrainte frontale ou directe car il risque de ne pas pouvoir retenir cette clientèle qui se tournera, certainement, vers un autre professionnel. Dans ce cas, la contrainte est plus mesquine et pernicieuse que pour les relations entre professionnels. Par ailleurs, en adoptant cette attitude, le professionnel peut utiliser ce

manque de connaissance du particulier à son avantage. Pour ce faire, le professionnel aura recours à des stratagèmes et des pratiques sanctionnées par le droit de la consommation et par le droit pénal des affaires.

871. Dans le second cas, le cas de la relation entre professionnels, le consentement est mis à mal par la contrainte économique dans sa dimension volitive.

Dans cette hypothèse, le professionnel, auteur de la contrainte économique, dispose de vrais moyens de pression sur le professionnel, victime de la contrainte économique. En effet, le professionnel victime, prenons le cas des personnes morales sont « rodées » à ces pratiques professionnelles, elles sont, par nature, plus rationnelles et cartésiennes que les particuliers. Enfin, le professionnel auteur de la contrainte économique, bénéficie de moyens de pressions à l'encontre du professionnel victime, telles que menacer le professionnel dominé, d'accepter les termes du professionnel dominant, à moins de s'exposer à un mal plus grand.

Par conséquent, le professionnel, auteur de la contrainte économique, souhaitant avoir recours à la contrainte économique afin de faire adopter un certain comportement au professionnel victime, il ne pourrait pas user de dupes et de stratagèmes. Il doit avoir recours à une contrainte frontale et plus directe. Pour ce faire, contrairement au premier cas, le professionnel aura recours à des pratiques plus directes issues essentiellement du droit de la concurrence (la menace d'un déréférencement total ou partiel, de la rupture de relations commerciales établies, menacer la présence sur un marché ou la simple existence économique d'un partenaire commercial ou concurrent).

872. En conclusion, la contrainte économique vice le consentement de la victime soit dans sa dimension volitive soit dans sa dimension réflexive. L'orientation de cette atteinte dépend et procède de la nature de la faiblesse et la qualité de la victime.

873. En effet, l'exploitation abusive de la faiblesse économique porte atteinte à la « *dimension volitive* »⁸⁸⁴ du consentement. Autrement dit, la victime a conscience de la portée de son engagement et le fait qu'il lui soit défavorable mais il n'a pas le choix de faire autrement sauf de l'accepter de peur d'un mal plus grand pouvant mettre en péril son existence même.

L'exploitation abusive de la faiblesse intrinsèque porte atteinte à l'aspect intellectuel du consentement. La victime n'est pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prend ou de déceler les ruses et artifices déployés. Alors que l'abus d'une faiblesse extrinsèque porte à l'aspect volitif et/ou intellectuel du consentement de la victime.

874. La contrainte économique à l'encontre des particuliers est donc plus vicieuse et pernicieuse que celle à l'encontre des professionnels. La contrainte doit donc être plus indirecte, contrairement au professionnel victime, qui même en situation de faiblesse économique ont plus de force économique que les particuliers. De plus, dans le cas des professionnels, le but est souvent soit de réduire le part de marché d'une entreprise sur un marché donné, soit de mettre en jeu la présence ou l'existence économique même de ces entreprises sur le marché (ce qui est impossible à faire pour les particuliers) ou de forcer un professionnel à entrer ou rester dans un rapport contractuel.

875. Après avoir présenté les caractéristiques très particulières de la notion de contrainte économique qui permettent appréhender la notion de contrainte économique, il faut aller encore plus loin dans la construction du régime commun de la notion de contrainte économique et s'arrêter sur les conditions composants cette notion.

⁸⁸⁴ Expression empruntée à F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, éd. 7^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, , Dalloz, Paris, 1999, p. 222, §233.

B. LES CONDITIONS DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

876. La dissection des notions au titre desquelles la contrainte économique est traitée permet d'exposer les éléments composants cette notion. L'étude préalable de ces différents régimes a mis en lumière l'existence d'un socle commun d'éléments nécessaires à la qualification d'une situation de contrainte économique et a ainsi permis de déterminer les conditions essentielles à la contrainte économique. Il ressort que la notion de contrainte économique est composée d'un élément psychologique, d'un élément intentionnel et de plusieurs éléments matériels.

A contrario, cette étude a également mis en exergue un nombre important de conditions inutiles à la qualification de la contrainte économique.

877. Avant de s'attarder sur les conditions essentielles à la contrainte économique, il faut examiner ces éléments afin de les invalider définitivement.

Alors même que ces conditions sont requises par les régimes traitant de la contrainte économique, elles sont inutiles et néfastes à la réception de la contrainte économique.

878. Aussi, la qualification de la contrainte économique ne requière pas un environnement particulier comme un démarchage à domicile tel qu'il est réclamé par le régime de l'abus de faiblesse en droit de la consommation. Cette condition n'est que l'expression du particularisme du droit de la consommation.

Tout comme la condition relative à la démonstration de la « préjudiciabilité ». C'est la condition relative à un résultat c'est-à-dire à une manifestation de la contrainte économique. Aussi, imposer cette condition constitue un doublon moins pertinent que la condition relative à la démonstration d'un résultat qui est beaucoup plus large et plus objective que celle de la démonstration de la « préjudiciabilité » qui est forcément entaché d'un certain subjectivisme.

879. De plus, au vu de la finalité de la lutte contre la contrainte économique. Cette condition n'est pas légitime. Cela reviendrait à ne pas qualifier et donc à ne pas sanctionner une situation où le consentement de la victime est atteint et son comportement économique altéré car aucun préjudice n'aurait pu être démontré alors même que la contrainte économique exercée par l'auteur aurait eu lieu et par nature, aurait vicié le consentement de la victime.

880. Il en est de même pour la condition relative à l'affectation sensible à la concurrence dont la légitimité et l'opportunité peuvent être mise en doute. Eriger l'affectation sensible à la concurrence comme condition de la contrainte économique n'est pas légitime. En effet, elle ne s'inscrit ni dans la logique majoritairement contractuelle de la contrainte économique ni dans la finalité poursuivie par la contrainte économique.

Cette condition n'est ni opportune. Elle limiterait considérablement le champ d'application de la contrainte économique et donc la lutte contre la contrainte économique alors même qu'elle n'apporte rien à la démonstration de la contrainte économique.

Sa démonstration est essentielle à la qualification des pratiques anticoncurrentielles. Elle est la marque du particularisme du droit de la concurrence. Ainsi, il est parfaitement critiquable, au vu de la finalité de la contrainte économique de l'imposer comme condition.

881. Enfin, il en est même pour le régime de la violence économique dont la condition relative à l'atteinte directe des intérêts légitimes de la personne s'inscrit dans une approche civiliste du vice de violence économique. Cette condition est la marque du vice traditionnel de violence et de son influence sur le régime de la violence économique.

Cette condition n'est pas légitime, elle est déjà sous-entendue par la nécessité de prouver que l'auteur de la contrainte économique tire profit du déséquilibre structurel afin d'obtenir une abstention ou un engagement injustifié, exagéré, sans contrepartie. De plus, par la démonstration d'une exploitation abusive, l'abus ne peut être légitime. Il convient de souligner qu'ici, l'abus renvoie davantage à l'illégitimité de l'atteinte que l'illégitimité de l'objet de l'atteinte. Ce qui est visé par ladite condition est l'illégitimité

de l'action et du comportement de l'auteur. Ce caractère irrigue toute la contrainte économique, il est profondément ancré dans l'esprit de la contrainte économique.

Cette condition n'est pas opportune. En effet, étant sous-entendue, elle ne fait qu'alourdir la charge de la preuve et par conséquent, elle freine la lutte contre la contrainte économique.

882. En somme, ne sont pas retenues au titre des composantes essentielles à la contrainte économique, les conditions particulières des régimes traitant de la contrainte économique c'est-à-dire celles qui portent toutes en leurs sein la marque du particularisme des droits spéciaux. Leur présence s'explique quant à la finalité de la contrainte économique. Elles sont là pour répondre à la finalité poursuivie par les droits spéciaux. Elles entrent en contradiction avec la finalité poursuivie par la contrainte économique.

Au regard de cette finalité, elles sont inutiles pour la qualification de la contrainte économique. De plus, elles ont pour effet de freiner considérablement la lutte contre la contrainte économique car elles réduisent le champ d'application de la contrainte économique et alourdissent la charge de la preuve. En conclusion, ces conditions particulières ne sont ni légitimes ni opportunes à la caractérisation de la contrainte économique.

883. La qualification de la contrainte économique nécessite la réunion de plusieurs conditions essentielles qui peuvent s'articuler autour de trois catégories : l'élément psychologique (1), qui est le déséquilibre structurel c'est-à-dire la configuration structurelle des parties au contrat ; l'élément moral ou intentionnel c'est-à-dire l'intention délictuelle (2) ; et les éléments matériels que sont l'abus, le résultat et le lien de causalité (3).

1. L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE : LE DÉSÉQUILIBRE STRUCTUREL

884. L'élément psychologique renvoie à la condition structurelle de la contrainte économique. Autrement dit, c'est le déséquilibre structurel qui caractérise la relation entre l'auteur et la victime c'est-à-dire la situation de dominant/dominé. Il s'agit d'un déséquilibre des forces économique et donc un déséquilibre des forces de négociation.

885. Pourquoi parler d'élément psychologique ? Est visée, également, indirectement, à travers cette expression, la situation individuelle du dominé, et du dominant qui les place dans un certain état d'esprit. Cet état d'esprit de la victime, par définition, la fragilise et la rend vulnérable aux comportements et aux sollicitations extérieures.

886. Le déséquilibre structurel est une situation de dominant/dominé. Le déséquilibre structurel regroupe des situations très diverses.

Il suffit de se pencher rapidement sur les différents régimes traitant de la contrainte économique pour en avoir une illustration significative. Pour la violence économique, la relation de dominant/dominé s'illustre, pour la victime, par une situation de dépendance économique et pour l'auteur par une domination économique relative à cette dépendance économique. Pour l'abus de faiblesse, elle s'illustre par la faiblesse de la victime et enfin, pour l'abus de vulnérabilité, elle s'illustre par la vulnérabilité de cette dernière. Pour l'abus de dépendance économique, elle s'illustre par la dépendance économique. Pour l'abus de position dominante, elle s'illustre par la position dominante. Ici, la victime est dans une position de faiblesse économique relative à celle.

887. En d'autres termes, le déséquilibre structurel s'illustre, pour le dominant, par une puissance économique (puissance d'achat, puissance de vente, position dominante). Pour le dominé, le déséquilibre structurel s'exprime soit par d'une faiblesse purement

économique (dépendance ou faiblesse économique) soit par d'une faiblesse non-économique, intrinsèque ou extrinsèque.

888. La faiblesse non-économique peut être intrinsèque. La faiblesse est entendue de manière très large, elle peut être due à un handicap physique ou mental, à un état de maladie, à l'illettrisme, à l'âge, à la maladie, à l'infirmité, à la déficience physique ou mentale, et même à l'état de grossesse. La faiblesse intrinsèque peut être qualifiée d'objective (car elle peut être démontrée aisément notamment par des certificats médicaux...). La faiblesse intrinsèque, existe déjà, l'auteur décide d'en tirer profit.

889. La faiblesse non-économique peut être extrinsèque. Elle est due à des circonstances extérieures à la situation personnelle de la victime telle qu'une situation d'urgence ou lorsque la personne souffre de sujétions psychologiques ou physique résultant de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement. La faiblesse extrinsèque relève forcément d'une appréciation subjective. La faiblesse extrinsèque est créée ou provoquée par l'auteur afin d'en tirer profit.

890. Que la faiblesse soit purement économique ou qu'elle soit non économique, intrinsèque ou extrinsèque, il faut parler d'un déséquilibre des forces économiques car même lorsque la faiblesse n'est pas de nature économique, le particulier dominé (la faiblesse non-économique concerne toujours les particuliers) devra toujours faire face à un professionnel qui est en situation de puissance économique. D'ailleurs, la contrainte est toujours exercée dans un intérêt économique afin de retirer un avantage financier.

891. En résumé, le déséquilibre structurel est soit une domination purement économique (puissance économique, position dominante, faiblesse économique, dépendance économique) soit une domination non-économique (faiblesse ou vulnérabilité, intrinsèque ou extrinsèque).

892. Pour une meilleure compréhension de la notion de contrainte économique, il faut procéder à l'étude de l'élément intentionnel de la notion de contrainte économique.

2. L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL : L'INTENTION DÉLICTEUELLE

893. Caractériser une situation de contrainte économique nécessite la preuve d'un élément intentionnel ou moral qui est l'intention délictuelle de l'auteur. Autrement dit, il faut apporter la preuve que l'auteur avait connaissance de la faiblesse de la victime et la volonté d'en tirer profit.

Il convient de souligner que la contrainte économique est un comportement malveillant, injuste, indigne. L'auteur est au courant de la situation de faiblesse de la victime et décide d'en tirer profit malgré tout afin d'en retirer un avantage injustifié, excessif, sans contrepartie réelle.

894. L'intention délictuelle est rarement une condition expresse posée par les différents régimes traitant de la contrainte économique. Elle est le plus souvent induite. C'est le cas du droit de la consommation⁸⁸⁵. Il faut rappeler que les régimes de l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique n'exigent pas la démonstration d'une intention délictuelle⁸⁸⁶. Cependant, l'existence de l'intention délictuelle est primordiale eu égard à la finalité de la contrainte économique et à l'esprit du texte des régimes de la contrainte économique.

⁸⁸⁵ Art. L.121-8 du C. cons. : « *Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte* ».

⁸⁸⁶ C. DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 2002, p. 894 et s.

895. L'esprit du texte renvoie à l'idée que l'auteur tire profit de la situation de faiblesse de la victime afin d'obtenir un avantage économique excessif ou injustifié. D'ailleurs, l'abus se définit comme un étant un comportement fautif, mauvais, malveillant excessif, exagéré supposer donc une intention délictuelle.

896. En effet, l'abus se caractérise par une forte intention délictuelle. Il souhaite tirer profit de la victime, de profiter de sa puissance économique dans son propre intérêt et pousser la victime à adopter un comportement extraordinaire ou à dicter un comportement. D'ailleurs, l'abus suppose la démonstration d'une intention de nuire. Cette condition sous-jacente de l'abus découle de la notion même d'abus. En effet, qui dit abus, dit intention délictuelle. La contrainte économique ne saurait être sanctionnée de situation d'imprudence ou de simple négligence.

897. De même, en droit de la concurrence, l'expression « *a pour objet ou pour effet* » expliquerait l'absence d'intention délictuelle. Or, cette condition n'est pas légitime au regard de la finalité de la contrainte économique. Par la contrainte économique, l'auteur « force » en quelque sorte de la victime à contracter. D'où la nécessité d'apporter la preuve d'une intention délictuelle (la connaissance du déséquilibre structurel et la volonté d'en tirer profit). Contrairement à la lettre, l'esprit du texte, ainsi que la pratique permettent d'affirmer que la grande majorité des abus nécessite une intention de nuire certaine.

Pourtant, la raison de cette condition s'explique par la finalité du droit de la concurrence : la protection de la concurrence et du marché. Mais voilà, le but initial de l'abus de position dominante est la protection du consentement des petits contre les dérives des grands.

Donc, cette condition n'est ni légitime ni opportun car cela reviendrait à sanctionner un comportement licite qui avait pour effet seulement, sans aucune intention, de nuire. Alors que cette condition est compréhensible au vu des objectifs du droit de la concurrence, il est complètement et irrémédiablement impossible de l'envisager pour la contrainte économique.

898. En plus d'un élément psychologique et d'un élément intentionnel, la notion de contrainte économique se compose de plusieurs éléments matériels.

3. LES ÉLÉMENTS MATÉRIELS : L'ABUS, LE RÉSULTAT ET LE LIEN DE CAUSALITÉ

899. En plus d'un déséquilibre structurel et d'une intention délictuelle, la notion de contrainte économique nécessite la démonstration d'une exploitation abusive du déséquilibre structurel (a). Par ailleurs, un lien de causalité est nécessaire entre le déséquilibre structurel et l'exploitation abusive (c) et le résultat de la contrainte économique c'est-à-dire la conséquence de l'exploitation abusive du déséquilibre structurel (b).

a. L'exploitation abusive du déséquilibre structurel : l'abus

900. Pour étudier l'exploitation abusive du déséquilibre structurel qui est la condition impérative et décisive de la contrainte économique, il faut revenir sur chacun des éléments composants l'abus de la contrainte économique.

901. C'est un abus particulier aussi bien dans sa définition (i) que dans sa nature (ii). Il présente, par ailleurs, des caractéristiques complexes (iii). C'est en prenant compte toutes ses spécificités que les juges sont amenés à opérer, en pratique, une qualification quelque peu étrange de l'abus de contrainte économique (iii).

i. La définition de l'abus

902. La qualification de la contrainte économique nécessite l'existence d'un abus. C'est la condition comportementale essentielle à la qualification de la contrainte économique.

Le terme abus vient du mot latin *abusus* et du verbe *abuti* qui signifie « *faire mauvais usage* »⁸⁸⁷.

Il n'existe pas de définition précise pour l'abus. Par ailleurs, il existe très peu de précision quant la notion d'abus en droit.

903. Que signifie le terme « exploitation abusive » ou abus ? Le dictionnaire Hachette⁸⁸⁸ définit l'abus comme « *l'action d'abuser* ». Il précise qu'il s'agit « *d'un mauvais usage, d'un usage excessif* ». Il renvoie également au terme « *outrépasser* ».

Le dictionnaire le petit Larousse⁸⁸⁹ définit l'abus comme étant « *un usage mauvais et malveillant* ».

Le dictionnaire CORNU⁸⁹⁰ définit l'abus comme « *une exploitation outrancière d'une situation de fait ; mise à profit d'une position de force souvent au détriment d'intérêt plus vulnérable* ».

904. Il n'y a pas de définition précise, légale ou prétorienne, mais la notion d'abus renvoie à l'idée que l'abus est un usage excessif, mauvais, anormal, outrancier, exagéré et donc finalement inadmissible.

S'agissant de l'abus contractuel, il y a cette notion d'excessif, d'excès, d'anormalité.

⁸⁸⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., coll. Quadrige dicos poche, P.U.F., Paris, 2011, p. 7 : v. abus.

⁸⁸⁸ Hachette Le dictionnaire, éd. Hachette, Paris 1991, p. 6.

⁸⁸⁹ Dictionnaire Le Petit Larousse, en ligne, <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/contrainte/18670?q=contrainte#18564>>

⁸⁹⁰ G. CORNU, *op. cit.*, p. 7 et s : v. abus.

S'agissant de l'abus concurrentiel, il s'agit du comportement qui va à l'encontre de la concurrence pure et parfaite et à l'encontre de la compétition normale et loyale. En effet, il s'agit d'une compétition et d'un comportement concurrentiel anormal et déloyal. Le comportement de certaines entreprises s'apparente même parfois à de la prédation.

905. Par ailleurs, il convient de préciser que le terme juridique employé est « exploitation abusive ». Le législateur parle davantage d'exploitation abusive que d'abus. La notion d'exploitation porte en sein l'idée de tirer profit mais de manière exagérée, mauvaise, vile, de manière excessive en somme.

906. A défaut de définition légale, le législateur est intervenu pour donner certaines indications notamment en droit de la concurrence. Il dresse une liste exhaustive des abus pouvant être retenus. L'abus peut consister en des ruses, artifices, des pressions, menaces, des refus de vente, ventes liées, ventes discriminatoires, rupture des relations commerciales établies, et des pratiques discriminatoires⁸⁹¹.

907. Abus de structures ou abus de comportement ? L'abus au sein de la contrainte économique est un abus de comportement. C'est abus de fait : un abus de pouvoir économique.

908. En tout état de cause la structure peut être la cause d'un abus de comportement. Elle permet le comportement illicite. Doit-on pour autant porter une intention méfiante à la

⁸⁹¹ Al. 1^{er} de l'art. L.420-2 du C. com. : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées » ; Al. 2nd de l'art. L.420-2 du C. com. : « Est en outre prohibée, 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. 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 ».

structure ? Il semblerait que la législation française ait répondu par l'affirmative à cette question en adoptant la réglementation sur les concentrations.

Toutefois, il semblerait qu'il faille opérer une distinction entre l'abus de structure et la simple méfiance à l'égard de grosses structures. La contrainte économique sanctionne uniquement l'exploitation abusive !

909. En effet, il existe un rapport particulier entre structure et comportement et ce notamment au sein de la contrainte économique.

Un parallèle peut être créé avec l'exemple de l'école d'Harvard et le paradigme « structure-comportement-performance » et la présente étude sur la notion de la contrainte économique. Selon les structuralistes, la structure d'une entreprise autrement dit, son pouvoir économique, lui permet d'adopter un certain comportement sur le marché, dont découle ses performances. Autrement dit, la structure des entreprises dicte le comportement des entreprises qui lui-même dicte les performances desdites entreprises. Comme le souligne LEYSSAC⁸⁹², le comportement et la structure sont indissociables. La contrainte économique en est une parfaite illustration. Selon l'exemple de MASON, le comportement de l'entreprise est dicté par la structure de cette dernière.

910. Ainsi, pour adopter ce comportement répréhensible ; l'entreprise se sert de sa structure et donc en l'occurrence du déséquilibre structurel (qui caractérise la relation de l'auteur et de la victime).

L'abus au sein de la contrainte économique est un abus de déséquilibre des forces économiques et donc du déséquilibre des structures entre l'auteur et la victime. Certes, mais il reste un abus de comportement.

⁸⁹² C. DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Ibid*, p. 894 et s.

911. L'abus est-il nécessaire un comportement fautif ? L'abus n'est pas nécessairement un comportement fautif. En effet, l'abus peut exister en dehors de toute faute et donc existe en dehors de tout un comportement répréhensible et illicite. C'est le cas de l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique⁸⁹³.

Ainsi, la notion d'abus permet de regrouper un comportement fautif que des comportements non fautifs mais répréhensibles sous le coup de la notion d'abus (car cela dépend de l'intention, de l'objet, du but, du comportement). D'ailleurs, les entreprises en position dominante ont une responsabilité particulière.

L'abus est une notion plus large et plus malléable que la notion de faute. Il convient toutefois de noter, ici, la proximité entre la notion d'abus et la notion de faute intentionnelle. Cette distinction entre l'abus et la faute est importante car en pratique, contrairement à la faute, l'abus n'est pas justifiable. C'est une particularité de l'abus qui aura toute son importance lors de l'étude des sanctions de la contrainte économique.

ii. La nature de l'abus

912. L'abus de la contrainte économique : abus de droit ou abus de fait ? L'abus est, ici, de nature économique. L'auteur de la contrainte économique abuse de sa force économique sur son partenaire pour abuser d'un avantage économique qu'il détient.

913. Il convient de rappeler les deux fondements de la théorie de l'abus de droit. L'abus de droit repose soit une intention de nuire, c'est-à-dire que la personne va avoir recours et user d'une prérogative juridique dans le dessein de nuire à autrui ; soit il repose, comme le soulignait Louis JOSSERAND⁸⁹⁴, sur un détournement de la fonction sociale de la

⁸⁹³ CJCE, aff. 85/76, 13 février 1979, Hoffman-La Roche & Co. AG c/ Commission des Communautés européennes, *Rec.*, 1979, p. 461 ; C. DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 2002, p. 894 et s.

⁸⁹⁴ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur réactivité : Théorie dite de l'abus des droits*, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006.

prérogative en question. Il est bénéficiaire d'une prérogative juridique mais décide de l'utiliser pour faire un usage différent de la fonction première du droit en question.

914. Il faut rappeler que la présente étude définit l'abus **de fait** en ayant recours à la notion d'intention de nuire et tout en mettant de côté l'approche du détournement de la fonction sociale qui ne peut pas s'appliquer au cas d'une prérogative de pouvoir. En effet, quelle serait la fonction sociale d'une puissance économique ? Et a fortiori, quelle serait la fonction sociale d'une vulnérabilité ou de faiblesse ? Ces situations de fait ont-elles vraiment une fonction sociale ? Contrairement à une prérogative juridique, il ne semble pas possible d'affirmer qu'une prérogative de pouvoir ait une fonction sociale. Aussi, cette approche n'est pas, ici, retenue. D'autant plus, que les régimes traitant de la contrainte économique retiennent comme critère de l'abus l'intention de nuire. C'est donc ce critère qui a été retenu par les présents travaux pour déterminer l'abus dans la contrainte économique.

915. Ainsi, dans une situation de contrainte économique, l'auteur adopte un comportement abusif dans un but purement économique. L'auteur cherche à tirer profit au maximum de la victime plutôt que de lui porter atteinte. L'abus est réalisé dans le but de pousser la victime à un comportement qui sera financièrement et économiquement favorable à l'auteur et *a contrario* défavorable à la victime. C'est un abus d'ordre économique dont le but est de pousser le cocontractant à adopter un comportement économique ou ayant des répercussions économiques qu'en temps normal il n'aurait jamais accepté mais qu'il accepte sous le coup de la contrainte.

916. Il convient de préciser que l'abus « *peut **procéder du seul rapport de force des parties en présence lorsque l'une d'elles, profitant déloyalement de sa situation de domination, contraint l'autre à contracter à des conditions qu'elle n'est pas en mesure de refuser mais auxquelles elle n'aurait jamais accepté de s'engager si elle en avait le***

choix. (...) »⁸⁹⁵. Il peut s'agir aussi de « *l'exploitation de circonstances défavorables, extérieures aux relations nouées ou à nouer, qui altèrent la liberté de contracter de l'un et dont l'autre profite indûment* »⁸⁹⁶.

917. Ainsi, l'abus de la contrainte économique est un abus de fait. C'est l'abus d'une situation de pouvoir, celle du déséquilibre structurel. Il s'agit d'une constante dans tous les régimes étudiés. L'abus, ici, se distingue de l'abus de droit qui nécessite une prérogative juridique⁸⁹⁷. Il s'agit d'un abus de fait, un abus de pouvoir nécessitant donc une prérogative de pouvoir que l'auteur va exploiter. C'est l'abus d'une situation de fait et non d'un abus de droit.

Cette nature semble expliquer la raison pour laquelle le législateur ne donne jamais de définition de l'abus et encore moins de critère pour le déterminer. Cela explique également pourquoi les juges ont tendance à présumer l'abus.

Il semble bien difficile de définir un abus aussi contextuel.

En effet, l'abus de droit se définit comme étant « *une faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux* »⁸⁹⁸.

Il nécessite donc une prérogative juridique, un droit et d'une exploitation anormale, mauvaise et par conséquent abusive de ce droit.

918. L'abus de pouvoir s'inscrit pleinement dans la seconde définition de l'abus donné par le lexique juridique CORNU qui définit l'abus comme étant « *l'exploitation outrancière d'une situation de fait ; mise à profit d'une position de force souvent au détriment d'intérêts plus vulnérables* »⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ G. LOISEAU, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Droit et Patrimoine*, septembre 2002, n°107.

⁸⁹⁶ G. LOISEAU, *op. cit.*

⁸⁹⁷ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique », *L.P.A.*, 16 juin 2004, n°120, p. 5.

⁸⁹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., coll. Quadrige dicos poche, P.U.F., Paris, 2011, p.7 : v. abus, abus de droit.

⁸⁹⁹ G. CORNU, *op. cit.*, p.7 : v. abus, abus de droit.

919. L'abus de fait nécessite une prérogative de pouvoir. Elle renvoie à la situation de dominant/dominé qui existe entre l'auteur et la victime. Il faut également une exploitation outrancière, mauvaise de ce pouvoir.

La prérogative de pouvoir renvoie à un déséquilibre structurel qui se schématise soit par une domination purement économique (puissance économique, position dominante, faiblesse économique, dépendance économique) soit par une domination non-économique (faiblesse ou vulnérabilité intrinsèque ou extrinsèque).

920. Par conséquent, et exception faite de l'abus de position dominante qui a recours à des notions plutôt objectives bien que l'appréciation n'en soit pas moins subjective, l'abus au sein de la contrainte économique est un abus subjectif.

Cela s'explique aisément au regard de la nature de l'abus au sein de la contrainte économique qui est un abus de fait, un abus de pouvoir et d'ordre économique. Il s'agit donc d'un abus contextuel. Cette nature contextuelle dicte et explique aisément la subjectivité attachée à l'abus au sein de la contrainte économique ainsi que le large pouvoir d'appréciation des magistrats quant à la qualification de l'abus.

921. L'abus de la contrainte économique : abus contractuel ou abus extra-contractuel ? La contrainte économique s'inscrit majoritairement dans une logique contractuelle, de prime abord, il semblerait que l'abus dans la contrainte économique soit également de nature contractuelle, toutefois, l'abus dans la contrainte économique peut être aussi bien de nature contractuelle que concurrentielle.

Par conséquent, l'abus de la contrainte économique est, en grande partie, de nature contractuelle. C'est le cas de tous les régimes traitant de la contrainte économique (violence économique, l'abus de dépendance économique, l'abus de faiblesse en droit de la consommation, l'abus de vulnérabilité en droit pénal). L'abus de position dominante complexifie quelque peu les choses.

922. L'abus est de nature contractuelle lorsqu'il est dirigé vers un partenaire ou un partenaire-concurrent effectif ou potentiel. L'abus est de nature concurrentielle lorsqu'il est dirigé vers un concurrent effectif ou potentiel.

De manière plus précise, l'abus de la contrainte économique peut être purement contractuel ; purement concurrentiel. Il peut aborder une nature mixte : être contractuel pour les partenaires des concurrents de l'entreprise en position dominante et concurrentiel pour ses concurrents. Cet abus a lieu à l'occasion de relations contractuelles, lors d'une configuration contractuelle. Enfin, il peut être de nature concurrentiel en prenant appui sur un rapport contractuel. Il s'agira, ici, d'un comportement licite pour ses partenaires mais dont l'effet recherché est illicite pour ses concurrents.

923. En effet, l'abus peut être purement contractuel.

C'est le cas classique où une personne, le dominant, exploite abusivement le déséquilibre structurel caractérisant sa relation avec une autre personne, le dominé, pour le pousser à accepter un engagement, à des termes qu'en temps normal le dominé n'aurait jamais accepté, afin d'en retirer des avantages excessifs, sans contrepartie, injustifiés ; engagement auquel le dominé se soumet pour échapper à un mal plus grand.

Pour le cas est exceptionnel pour l'entreprise en position dominante. L'abus contractuel est plus complexe. C'est le comportement de l'entreprise en position dominante à l'égard de ses partenaires et de ses partenaires-concurrents et des partenaires de ses concurrents (qui sont également ses partenaires). Il s'agit d'un comportement contractuel illicite dont l'objet et/ou l'effet est illicite car il s'agit soit pour l'entreprise en position dominante d'imposer ses propres termes, en abusant de sa position dominante, à ses partenaires, partenaires-concurrents, et partenaires de ses concurrents ; soit de punir la concurrence (concerne les partenaires-concurrents, partenaires de ses concurrents) ou d'évincer la concurrence, potentielle ou effective, du marché ou d'empêcher les concurrents d'entrer sur le marché (comportement à l'égard de ses partenaires-concurrents).

Ces comportements se traduisent, en pratique, par des comportements inéquitables entre ses partenaires et ses partenaires-concurrents et partenaires de ses concurrents (également

partenaires de l'entreprise en position dominante) : pratiques de prix prohibitifs, conditions discriminatoires, clauses de non-concurrence.

924. Puis, l'abus peut être purement concurrentiel. Il s'agit alors d'un comportement concurrentiel illicite dont l'objet et/ou l'effet sont illicites à l'égard de ses concurrents. Le but étant d'empêcher l'entrée sur le marché des concurrents (potentiels et effectifs) de l'entreprise en position dominante, d'évincer les concurrents effectifs et potentiels, et de renforcer sa position dominante (en diminuant la concurrence en détournant leur pouvoir du marché).

Ces comportements se traduisent, par en pratique, par des comportements de l'entreprise en position dominante qui visent à neutraliser la concurrence en bloquant le marché par le biais de refus de fourniture, en plaçant des barrières à l'entrée du marché et de renforcer sa position dominante en détournant le pouvoir de marché ses concurrents.

925. Enfin, l'abus peut avoir une nature mixte c'est-à-dire qu'il est être contractuel pour les partenaires de ses concurrents (qui sont donc également ses partenaires) et concurrentiel pour ses concurrents. Le comportement de l'entreprise en position dominante est un comportement illicite par le biais d'un rapport contractuel : un comportement contractuel illicite dont l'objet et l'effet recherché est illicite. L'entreprise en position dominante cherche soit à accaparer et détourner la clientèle, les parts de marché et donc d'évincer la concurrence, potentielle et effective (elle a alors recours à la rupture des relations commerciales établies) ; soit à punir les partenaires des concurrents de l'entreprise en position dominante et de détourner les parts de marché et donc d'évincer la concurrence (elle adopte alors comme comportement des discriminations à leur encontre).

Ces comportements se traduisent en pratique de la part de l'entreprise en position dominante à l'égard des partenaires de ses concurrents (qui sont donc également ses partenaires) par des conditions discriminatoires ; par des menaces de rupture des relations commerciales établies, des clauses de non-concurrence.

926. Pour finir, l'abus peut aborder une nature hybride à savoir être de nature concurrentiel mais dans une configuration contractuelle (c'est-à-dire prenant appui sur un rapport contractuel).

En effet, il s'agit d'un comportement contractuel licite de l'entreprise en position dominante à l'égard de ses partenaires (et également partenaires de ses concurrents). Ainsi, à cet égard, le comportement de l'entreprise en position dominante n'est pas abusif. Il s'agit d'un comportement contractuel licite à l'égard de ses partenaires, partenaires également de ses concurrents mais dont l'objet ou l'effet recherché est illicite à l'égard de ses concurrents car il s'agit de détourner les parts de marché des concurrents en accaparant leurs partenaires, évincer la concurrence, empêcher la concurrence d'entrer sur le marché. Donc, il s'agit d'un abus concurrentiel à l'égard de ses concurrents. Le but est donc d'accaparer les partenaires de ses concurrents afin de détourner les parts de marché de ses concurrents et donc de les évincer du marché en leur accordant des faveurs injustifiées. Seul l'effet recherché de ce comportement contractuel licite, à l'égard des partenaires de ses concurrents (qui sont également ses partenaires), est illicite eu égard aux règles de concurrence et à l'égard de ses concurrents. Autrement dit, il s'agit d'un abus concurrentiel dont le but est illicite à l'égard de ses concurrents car il a pour effet de les évincer de la concurrence. Mais cet abus repose sur un comportement contractuel licite à l'égard de ses concurrents.

927. Ces comportements se traduisent en pratique de la part de l'entreprise en position dominante par le recours à des clauses d'exclusivité, des clauses anglaises pour retenir autant que se faire se peut les partenaires communs à l'entreprise en position dominante et aux concurrents afin de les détourner et à terme évincer les concurrents du marché ; et, par des faveurs injustifiées telles que des rabais de fidélité, des discriminations pratiquées, prix prédateur et conditions contractuelles prédatrices.

Donc à l'égard des partenaires de ses concurrents, le comportement n'est pas répréhensible, il n'est pas abusif. En revanche, à l'égard de ses concurrents, le comportement a été réalisé dans le but de nuire, l'intention délictuelle est manifeste, il y a donc abus.

Donc, l'abus est concurrentiel mais il est réalisé par le biais d'un rapport d'ordre contractuel qui est licite en soit et qui sert de vecteur à l'abus concurrentiel.

928. Ainsi, la grande majorité des abus dans la contrainte économique est contractuelle ou du moins prend appui sur des comportements contractuels. Elle s'inscrit majoritairement dans une configuration contractuelle ; même quand les abus sont concurrentiels, à l'exception des abus purement concurrentiels.

iii. Les caractéristiques de l'abus

929. L'abus est sans doute la composante et la plus importante de la contrainte économique. Paradoxalement, elle est également l'une des composantes où les textes demeurent les plus silencieux. Si bien que les magistrats interviennent pour compenser le silence du législateur. Toutefois, la pratique peut aussi s'avérer quelque peu lacunaire et complexe à comprendre.

Aussi, l'étude des textes et de la pratique des différents régimes traitant de la contrainte économique apporte peu d'indications voire aucunes quant aux caractéristiques de l'abus dans la contrainte économique exception faite du régime de la violence économique.

930. En effet, l'abus dans le cadre de la violence économique doit être grave, illégitime et déterminant. Ces conditions sont héritées du vice traditionnel de violence.

La question qui se pose alors est de savoir si la qualification d'un comportement en abus (au sein de la contrainte économique) est soumise à la démonstration de ces critères hérités du vice traditionnel de violence ? Il convient d'examiner ces trois critères et de déterminer si la réunion de ces trois critères est nécessaire à la qualification d'un comportement en abus.

931. Concernant le premier critère, l'abus doit être grave. Or, l'abus est défini, en soit, comme étant un usage excessif et outrancier. Ainsi, il semblerait que le critère de la gravité soit sous-entendu lors de la qualification d'un comportement en abus.

932. Concernant le second critère, l'abus doit être illégitime. Autrement dit, le comportement qualifié d'abus ne peut pas consister en l'exercice d'une voie de droit, et ne peut pas consister en une revendication légitime ou de droit. Or, l'abus est défini comme étant un usage mauvais et malveillant. De plus, l'abus est un abus de fait et non un abus de droit. Ainsi, il semblerait que la qualification d'un comportement en abus sous-entende également l'illégitimité dudit comportement.

Par ailleurs, cette condition est également remplie la condition relative à la manifestation de la contrainte économique c'est-à-dire grâce au résultat (il faut démontrer que l'auteur tire profit afin d'obtenir des avantages injustifiés, excessifs...).

933. Concernant le dernier critère, l'abus doit être déterminant. Autrement dit, le comportement abusif doit avoir poussé la victime à contracter c'est-à-dire à accepter un engagement mauvais pour elle qu'en temps normal elle n'aurait jamais accepté. L'abus pousse la victime à donner son consentement alors même qu'elle ne le souhaite pas et donc à vicier son consentement.

934. Bien que la dernière condition ne soit pas nécessaire à la qualification de l'abus lui-même, elle semble être nécessaire à la caractérisation de la contrainte économique sinon le comportement abusif de l'auteur restera en quelque sorte lettre morte.

Il faudra démontrer que la contrainte c'est-à-dire l'exploitation abusive de sa faiblesse est la seule raison pour laquelle la victime a accepté de contracter à ces termes là et qu'en temps normal elle n'aurait jamais contracté à ces termes pour échapper à un mal plus grave.

935. En conclusion, les trois critères mentionnés doivent être réunis pour l'abus. Cependant, il semblerait que les deux premiers critères relatifs à la gravité et à l'illégitimité de l'abus sont sous-entendus lors de la qualification de l'abus et donc ne devraient être pas démontrés en dehors de la qualification de l'abus. S'agissant du dernier critère relatif à l'aspect déterminant de l'abus, il faut le démontrer en dehors de la qualification de l'abus.

Il convient de noter à titre indicatif que la nécessité de ces trois critères est caractéristique de la contamination, ici, du régime de la violence économique et la contrainte économique par le vice traditionnel de violence.

iii. La qualification de l'abus

936. Il existe très peu de précisions quant à la qualification de l'abus.

937. Il convient de souligner que la contrainte économique est inhérente à toute relation commerciale et d'ordre économique. Si bien que l'intégralité des situations de contrainte économique ne peut être sanctionnée au titre de la contrainte économique au risque de mettre en péril la pérennité et la sécurité contractuelle.

938. Seules les situations de contrainte économique excessives sont prises en compte par le Droit. En théorie, le critère permettant de savoir si une situation de contrainte économique doit être sanctionnée ou non est le critère de l'anormalité par le biais de l'exploitation abusive. Le critère de l'anormalité est donc le garde-fou.

En effet, seuls les comportements excessifs, exagérés qui vont au-delà d'un jeu économique normal sont sanctionnés au titre de la contrainte économique.

La notion d'abus sous-entend que le comportement à dépasser « la normalité » c'est-à-dire ce qui est acceptable.

Un parallèle peut être fait avec la théorie des troubles anormaux de voisinage. Tous les troubles du voisinage ne sont pas sanctionnables, seuls les troubles anormaux le sont car ils dépassent le seuil de ce qui est acceptable.

939. Toutefois, la pratique est quelque peu plus complexe. En effet, les textes sont silencieux quant à la détermination de l'abus. Les magistrats, tentant de compenser les lacunes législatives sur le sujet, apprécient tant bien que mal l'abus. S'il y a une faute ou un élément intentionnel, alors l'abus est caractérisé assez aisément. S'il n'y a pas de faute ou d'élément intentionnel, il convient de rechercher si le comportement de l'entreprise dominante présente un caractère normal ou anormal⁹⁰⁰.

940. L'étude la pratique met en exergue la tendance des juges à apprécier et à caractériser un comportement en abus dès lors qu'il existe un déséquilibre structurel et un résultat (la manifestation de la contrainte économique). De la réunion de ces deux éléments, née la présomption qu'un abus existe. L'abus est très souvent, par conséquent, présumé⁹⁰¹. Il est

⁹⁰⁰ C. DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Ibid*, p. 895.

⁹⁰¹ D. FERRIER, D. FERRE, « La réforme des pratiques commerciales », *D.* 2008, p. 2234 : les Professeurs D. FERRIER et D. FERRE déclarent que l'abus est défini non pas par ses modalités (comme la violence) mais par son résultat, c'est-à-dire non pas par sa cause mais par son résultat ; M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006, p. 222 : Pour l'abus de position dominante, mis à part les abus dans les relations verticales où les juges établissent réellement l'abus, l'abus, en droit de la concurrence est déduit ; J.-H. ROBERT, H. MATSOPOULOU, *Traité de Droit pénal des affaires*, coll. Droit Fondamental, P.U.F., Paris, 2004, p. 80 ; Grenoble, 2 novembre 1995, *CCC*, avril 1996, n°74, obs. G. RAYMOND ; Paris, 13 mai 1996, *CCC*, octobre 1996, n°178, obs. G. RAYMOND : le comportement abusif de l'auteur est souvent déduit par les juges du résultat ; Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 169, p. 109, *Depris c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*, *L.P.A.*, 22 novembre 2000, n° 233, p. 18, obs. S. SZAMES, « La violence économique : vice du consentement ? » ; Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*, *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2003, n° 25, p. 18, obs. J. ROVINSKI, « Contrats et obligations » ; M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique », *L.P.A.*, 16 juin 2004, n°120, p. 5 : les juges du fond exigent seulement l'existence d'un déséquilibre contractuel et d'une situation de dépendance économique. L'abus est déduit de ses effets et d'un rapport de force économique inégal ; Paris, 27 septembre 1977, *D.*, 1978, p. 690, *Audi NSU* ; Paris, 12 janvier 2000, *JurisData n° 107201*, M^{me} K. c/ S.A. L.-B ;

présupposé par la cause, l'existence d'un déséquilibre structurel et par sa conséquence, l'existence d'un résultat.

941. Après l'analyse de l'exploitation abusive et du déséquilibre structurel comme condition à la contrainte économique, il faut étudier le résultat qui est la conséquence de la contrainte économique et sans laquelle une situation de ne pas être qualifiée de contrainte économique.

b. Le résultat : la manifestation de la contrainte économique

942. Pour caractériser un comportement de contrainte économique, il faut apporter la démonstration d'un « résultat ». C'est la condition qui requière que l'exploitation abusive d'une situation de puissance économique ou de faiblesse doit avoir poussé la victime à passer un acte ou un engagement qu'elle n'aurait pas accepté en temps normal c'est-à-dire en dehors de toute contrainte économique, ou, dans le cas d'abus concurrentiel, l'exploitation abusive a pour but d'empêcher la victime d'entrer sur la marché, de l'évincer du marché, de la rendre plus dépendante ou de renforcer la position dominante de l'auteur.

943. En d'autres termes, c'est la conséquence recherchée par l'auteur à travers son comportement. Il convient de souligner que cette condition est induite pour la plupart des régimes (abus de position dominante, abus de dépendance économique, violence économique). Mais, elle est parfois explicite (abus de faiblesse et abus de vulnérabilité)⁹⁰². L'abus de faiblesse et l'abus de vulnérabilité imposent d'apporter la

⁹⁰² Art. 121-8 du C. cons. : « *Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure* »

preuve que la contrainte économique aboutit à un acte ou à une abstention de la part de la victime ou la souscription d'engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme.

944. Le résultat recherché par l'auteur est différent s'il s'agit d'un abus contractuel ou s'il s'agit d'un abus concurrentiel.

Dans le cadre d'un abus contractuel, l'auteur de ce comportement répréhensible cherche à obtenir de la part de la victime dont le consentement a été vicié, un avantage excessif, exagéré, anormal, ou sans contrepartie, injustifié ou à des termes contractuels discriminatoires en lui faisant accepter une abstention ou un engagement préjudiciable pour cette dernière.

En définitive, il s'agit d'extorquer de la victime soit une abstention soit un engagement à des termes contractuels qu'en temps normal, en dehors du déséquilibre structurel (domination et faiblesse), l'auteur n'aurait pas pu imposer et en dehors de sa faiblesse concomitante, la victime n'aurait jamais consenti sans l'exploitation abusive de sa faiblesse et qu'elle consent afin de se préserver d'un mal plus grave voire d'assurer sa survie économique (déréférencement, résiliation d'un contrat et fin d'un partenariat qui est plus souvent vital à l'entreprise en situation de faiblesse ou de dépendance économique...).

945. Concernant le domaine concurrentiel, le but recherché par l'auteur à travers l'exploitation abusive est soit l'éviction de son concurrent du marché, soit d'empêcher son concurrent d'entrer sur le marché, soit de renforcer sa puissance économique voire sa position dominante en détournant la clientèle de son concurrent en accaparant ses parts de marchés ou en rendant les entreprises concurrentes présentes sur le marché plus

d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte » ; Art. 223-15-2 du C. pén. : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».

dépendantes afin de se présenter comme un partenaire obligatoire et de dicter le comportement économique des entreprises concurrent en les rendant plus sensibles à sa puissance économique.

946. En tout état de cause, le résultat d'une situation de contrainte économique présente un caractère d'anormalité. Il s'agit du comportement extraordinaire adopté par la victime qui ne peut s'expliquer que par l'existence d'une contrainte pesant sur cette-dernière.

947. Pour caractériser, une situation de contrainte économique, il est nécessaire d'apporter la preuve d'un lien de causalité entre le déséquilibre structurel et l'exploitation abusive.

c. Le lien de causalité entre le déséquilibre structurel et l'abus

948. La contrainte économique nécessite un lien de causalité entre l'élément psychologique et l'abus mais également entre l'exploitation abusive du déséquilibre structurel et le résultat.

949. Il convient de noter qu'il s'agit d'une condition induite des régimes traitant de la contrainte économique. En effet, aucun des régimes traitant de la contrainte économique ne requièrent de manière expresse la démonstration de liens de causalité. Pourtant, théoriquement, au regard de l'esprit de la contrainte économique et plus particulièrement au vu de la lettre de ces régimes, un lien de causalité est nécessaire. La contrainte économique visant la situation dans laquelle une personne abusant du déséquilibre structurel caractérisant sa relation avec une autre personne, la victime afin d'en retirer un avantage indu ou excessif.

950. L'auteur opte pour un certain comportement car la victime se trouve dans une certaine situation, et il en retire un certain résultat car il a abusé du déséquilibre structurel.

951. En pratique, les juges présument largement l'existence du lien de causalité entre l'abus et le déséquilibre structurel par la simple présence de ces deux éléments.

952. Concernant le second lien de causalité, il n'est pas prévu du tout par les régimes étudiés pourtant il est indispensable. Toutefois, par rigueur intellectuelle et pour mener à bien l'étude de la notion de contrainte économique, il est nécessaire de le rappeler ici. Cette absence s'explique aisément car les régimes ne prévoient pas comme condition expresse la nécessité d'apporter d'un résultat procédant du comportement de contrainte économique.

Il permet également de démontrer le caractère déterminant de l'abus. Cette condition est satisfaite par la démonstration de l'existence d'un résultat c'est-à-dire de la conséquence de la contrainte économique. Il est démontré à travers cette condition du résultat.

953. L'absence d'un régime commun expliquant la méconnaissance du Droit quant à la notion de contrainte économique n'est pas l'unique raison. Effectivement, la notion de contrainte économique est une notion mal appréhendée par le Droit rendant d'autant plus compliquée la compréhension de la notion de contrainte économique.

SECTION II. UNE NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE MAL APPRÉHENDÉE PAR LES MÉCANISMES TRADITIONNELS

954. Depuis près de vingt-trois siècles, les juristes tentent de saisir sans grand succès la notion de contrainte économique.

955. En plus d'être une notion désordonnée et désarticulée à travers les différentes branches du Droit, les juristes doivent faire face à une seconde difficulté pour cerner la notion de contrainte économique qui reste une grande interrogation pour la communauté juridique. Cette notion a toujours été mal appréhendée par les mécanismes existants en Droit.

956. Effectivement, les acteurs juridiques se sont tournés vers les mécanismes traditionnels en droit civil pour envisager la notion de contrainte économique. Le droit civil possède plusieurs mécanismes qui, de prime abord, semblent pouvoir recevoir et connaître la contrainte économique. Pourtant, un bref examen de ces régimes montre qu'ils ne sont pas adaptés à la notion de contrainte économique.

957. Ces mécanismes se sont révélés être soit inappropriés aux caractéristiques de la contrainte économique (Paragraphe I) soit inadaptés à l'objet de la contrainte économique (Paragraphe II) laissant une fois de plus cette notion orpheline et dépourvue d'un régime commun.

PARAGRAPHE I. DES MÉCANISMES INAPPROPRIÉS AUX CARACTÉRISTIQUES DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

958. Il est vrai que les mécanismes traditionnels du droit civil sont illégitimes à recevoir efficacement la notion de contrainte économique. Certains mécanismes sont à écarter car insuffisamment pragmatiques (A). Tel est le cas de la bonne foi et de la violence morale. Ces notions manquent de flexibilité alors même que la contrainte économique est une notion contextuelle qui nécessite d'être envisagée de manière beaucoup plus souple et malléable.

959. D'autres mécanismes traditionnels en droit civil sont inadéquats à la nature même de la contrainte économique (B). Ainsi, le recours à ces mécanismes pour appréhender la notion de contrainte économique est à rejeter.

A. DES MÉCANISMES INSUFFISAMMENT PRAGMATIQUES

960. De nombreux juristes ont pensé appréhender la notion de contrainte économique à travers des notions traditionnelles déjà existantes en droit civil. Toutefois, ils se sont heurtés à la nature bien trop rigide et insuffisamment pragmatique de ces régimes.

961. C'est ainsi, qu'en raison de sa nature dogmatique, la bonne foi manque de structure pour cerner la contrainte économique (1). De même, la violence morale ne peut être retenue car elle s'inscrit dans une conception purement civiliste trop rigide pour appréhender correctement toute la diversité des situations qu'englobe la notion de contrainte économique (2).

1. LA BONNE FOI

962. La bonne foi ne peut pas permettre un traitement de la contrainte économique efficace. La bonne foi est consacrée à l'article 1104 du Code civil⁹⁰³. Ainsi l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré au sein du Code civil, la bonne foi comme étant un principe fondateur du droit des contrats. Elle est, ainsi, clairement envisagée au stade de la formation du contrat.

963. Les conventions doivent donc être formées de bonne foi. La force de l'article 1104 est d'autant plus important lu conjointement avec l'article 1102 du Code civil qui déclare que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

964. En effet, il convient de souligner que les projets de réforme du droit des obligations et du droit des contrats ont consacré depuis le début une place importante à la bonne foi.

En effet, elle a été consacrée par l'avant-projet CATALA car il consacre l'obligation de bonne foi au stade précontractuel⁹⁰⁴. De même, le principe de loyauté a été introduit uniquement lors de l'exécution du contrat⁹⁰⁵ par le projet de la CHANCELLERIE.

Le projet TERRE prévoit également que : « *les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi* »⁹⁰⁶.

⁹⁰³ Art. 1104 du C. civ. : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

⁹⁰⁴ G. PATETTA, « Réforme du droit des contrats : l'avis de professionnels », *RLDC*, 2008, n°54.

⁹⁰⁵ G. PATETTA, *op. cit.*

⁹⁰⁶ Art. 5 du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

965. Par ailleurs, il faut noter que la bonne foi reste un des grands dogmes contractuels sur lequel repose le droit commun des contrats. Il a permis d'ériger différents principes tels que l'obligation d'information, l'obligation de collaboration...

Aussi, une partie de la doctrine considère que la bonne foi suffit à prendre en compte la contrainte économique et donc rejette le recours à des mécanismes relevant des droits spéciaux et à la violence économique.

966. Toutefois, la bonne foi semble être un principe bien insuffisant pour retenir et sanctionner la contrainte économique.

Les opérateurs économiques ayant recours à la contrainte économique sont de fins experts des législations. Ces opérateurs font preuve d'une ingéniosité et d'une créativité sans limite leur permettant de contourner la loi.

Ainsi, il est bien utopique de penser que la particulière adresse de ces opérateurs économiques puisse être freinée par le recours à la bonne foi qui est une notion bien floue, qui n'est pas structurée, déterminée par des critères permettant sa mise en application dans le cadre de la lutte contre la contrainte économique.

Ainsi, la notion de bonne foi n'est pas un mécanisme suffisant pour traiter de la contrainte économique. Comment démontrer en se fondant sur la notion de bonne foi que le consentement a été extorqué en raison des pressions d'ordre économiques exercées sur le contractant ?

967. Au contraire, il serait bien pour l'auteur de la victime de démontrer que le consentement ayant été donné et que le contrat s'exécutant conformément à ce qu'il avait été établi par les parties, la bonne foi est respectée et qu'il n'y a pas de contrainte économique.

968. Il s'agit d'une notion qui est trop « vague », trop « poreuse » qui n'est pas assez pragmatique et dont les contours sont imprécis pour traiter la contrainte économique.

969. En effet, la lutte contre la contrainte économique trouve en partie sa source dans la bonne foi. Autrement dit, la prise en compte de la contrainte économique s'explique par l'articulation entre la liberté contractuelle et la bonne foi. La lutte de la contrainte économique est légitime au regard de la nécessaire articulation de ces principes.

Mais la bonne foi ne peut pas traiter la contrainte économique. La bonne foi ne peut être le mécanisme sanctionnant les situations de contrainte économique en raison de sa nature dogmatique.

970. De même que la bonne foi, la violence morale est également inéligible au traitement de la contrainte économique.

2. LA VIOLENCE MORALE

971. Bien que la violence morale a été utilisée durant de nombreuses années afin de sanctionner certaines situations de contrainte économique, elle est un mécanisme de droit civil inadapté à la réception de la contrainte économique.

La violence morale n'est pas adaptée aux caractéristiques de la contrainte économique. En effet, c'est un vice du consentement qui a pour conséquence de limiter le domaine d'application de la contrainte économique aux situations contractuelles et au stade de la formation du contrat.

972. Par ailleurs, la violence morale est marquée par la rigidité du droit civil, alors que la contrainte économique est une notion profondément contextuelle qui appelle à une réception flexible et malléable. Or, malgré quelque peu aménagée pour connaître de certaines situations de contrainte économique, l'étude de l'évolution de la notion de contrainte économique a montré la violence morale atteint ses limites.

973. Elle est insuffisamment pragmatique. Elle est trop marquée par la rigidité et de la conception civiliste des vices du consentement. Ce qui a poussé les juristes à réclamer la consécration d'une nouvelle forme de violence qui saurait connaître la contrainte économique : la violence économique.

974. Bien que la notion de violence morale et le régime du vice traditionnel de violence portent les avancées de la conception contractuelle et des données psychologiques⁹⁰⁷ permettant une ouverture de ce régime aux évolutions économiques, il n'en demeure pas moins un régime imperméable à une bonne partie des situations de contrainte économique.

975. Par ailleurs, cette rigidité du droit civil est très présente dans le régime prétorien de la violence économique ce qui explique une partie de l'échec de ce régime. En effet, la condition relative à un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne est une condition héritée du vice traditionnel de violence.

Cette condition n'est pas utile à la caractérisation d'une situation de contrainte économique. Effectivement, l'illégitimité du comportement de l'auteur est requise et est contrôlée au niveau de la qualification de l'abus. Elle a pour conséquence d'alourdir et de paralyser le régime car sa démonstration est compliquée.

976. Ainsi, la violence morale souffre de la conception civiliste dans laquelle le législateur l'a conçue. Ce manque de souplesse l'empêchant de traiter efficacement la contrainte économique. Ainsi, le vice traditionnel de violence morale est bien trop rigide pour appréhender convenablement la contrainte économique. Il faut un mécanisme qui puisse être souple afin de s'adapter aux caractéristiques de la contrainte économique.

⁹⁰⁷ cf. Section I. La réception progressive de la violence économique du Droit romain au Droit français jusqu'en 1804 in Chapitre I. L'évolution laborieuse de la notion de contrainte économique dans le droit civil.

977. De même que la bonne foi et la violence morale, la théorie de l'abus de droit ne saurait prendre en compte la contrainte économique. Il s'agit d'un mécanisme du droit civil qui ne permet pas de traiter la contrainte économique efficacement car il n'est pas adapté aux particularités de la contrainte économique. En effet, la théorie de l'abus de droit est inadéquate à la nature même de la contrainte économique.

B. DES MÉCANISMES INADÉQUATS : LA THÉORIE DE L'ABUS DE DROIT

978. L'abus de droit est la « *théorie d'origine jurisprudentielle selon laquelle est constitutive d'une faute pouvant donner lieu à réparation civile dans les conditions du droit commun, le fait, pour le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre soit de manière anormale, en dehors de sa finalité, soit dans le seul but de nuire à autrui, ou bien avec imprudence ou négligence* »⁹⁰⁸.

979. L'abus de droit requière pour son application que l'auteur soit titulaire d'un droit et qu'il abuse de son droit. Il nécessite une prérogative juridique⁹⁰⁹. L'abus peut s'exprimer par l'exploitation anormale du droit, par une utilisation non destinée à sa finalité, soit que l'utilisation soit faite dans un but de nuire.

980. Dès lors, il semblerait que la théorie de l'abus de droit ne soit pas un mécanisme adapté pour traiter de la contrainte économique.

⁹⁰⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., coll. Quadrige dicos poche, P.U.F., Paris, 2011 : sous « abus » à « abus de droit ».

⁹⁰⁹ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique », *L.P.A.*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

981. En effet, l'abus dans la contrainte économique est abus tout particulier.

La contrainte économique a lieu lors de l'exploitation abusive de la situation économique d'un des contractant. C'est-à-dire que l'auteur va abuser de sa situation économique (position dominante ou puissance économique ou de celle de son contractant (dépendance économique, situation de faiblesse, détresse ou urgence économique...)).

Il s'agit de l'exploitation d'une situation économique un pouvoir de fait et non une prérogative juridique.

L'abus dans la contrainte économique est un abus d'ordre économique car il s'agit d'une exploitation abusive d'une situation économique dans un but purement économique. Contrairement à la théorie de l'abus de droit dont l'abus est un abus d'ordre juridique.

982. La théorie de l'abus de droit et l'abus de fait qui caractérise la contrainte économique ont deux domaines d'applications bien distincts.

Ainsi, la théorie de l'abus de droit n'est pas un mécanisme adéquat pour traiter de la contrainte économique car il ne peut ne présentent pas les mêmes caractéristiques que l'abus de fait qui est propre à la contrainte économique.

983. En plus, d'être des mécanismes inadaptés aux caractéristiques de la contrainte économique, les mécanismes de droit civil présentent également le défaut d'être inappropriés à l'objet de la contrainte économique expliquant ainsi leur inéligibilité à connaître de la contrainte économique.

PARAGRAPHE II. DES MÉCANISMES INAPPROPRIÉS À L'OBJET DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

984. La difficulté du Droit d'appréhender la contrainte économique par les mécanismes existants est due à certains mécanismes inappropriés aux caractéristiques de la contrainte économique à certains mécanismes inappropriés à l'objet de la contrainte économique.

985. C'est le cas des mécanismes qui sanctionnent l'absence d'équivalence entre les droits et les obligations des parties tels que la cause (A).

986. De même, un bon nombre de régimes ne permettent de sanctionner correctement la contrainte économique mais visent davantage à en réparer les effets d'une situation de contrainte économique. Il existe en effet, une forte confusion entre le déséquilibre contractuel et le déséquilibre structurel au sein des juristes. Beaucoup tentent de traiter une situation de contrainte économique en ne sanctionnant finalement que le déséquilibre contractuel. En effet, certains mécanismes sanctionnent le déséquilibre contractuel et non pas l'exploitation abusive d'une situation de déséquilibre structurel. C'est le cas de la lésion ainsi que celui de la théorie de l'imprévision (B).

A. DES MÉCANISMES SANCTIONNANT L'ABSENCE D'ÉQUIVALENCE : LA CAUSE

987. Ici, il faut comprendre l'équivalence comme étant « *une égalité de valeur (objective ou subjective) entre des biens ou des services, par exemple l'équivalence des prestations* »

»⁹¹⁰. L'absence d'équivalence est la négation d'une égalité de valeur entre biens et services.

Il faut rappeler que la contrainte économique concerne un déséquilibre structurel. L'abus d'un déséquilibre structurel se distingue de l'absence d'équivalence. Il se définit comme étant l'exploitation d'un rapport de force économique inégal alors que l'absence d'équivalence est l'absence « *une égalité de valeur (objective ou subjective) entre des biens ou des services, par exemple l'équivalence des prestations* »⁹¹¹.

988. Par ailleurs, la contrainte économique poursuit comme objectif la protection du consentement alors que la cause est un outil juridique pour lutter contre l'absence d'équivalence.

La cause est consacrée à l'article 1128 du Code civil comme vice du consentement. Elle se définit comme étant « *la raison pour laquelle on s'engage dans un contrat* »⁹¹². Une grande partie des auteurs considèrent que la cause, et notamment la cause objective⁹¹³ (qui est la raison directe et immédiate qui conduit le débiteur à s'engager) est un instrument suffisant pour prendre en compte la contrainte économique.

989. Ce mécanisme purement civiliste ne peut permettre un traitement satisfaisant de la contrainte économique. Le recours à cette notion ne permet pas d'être sûr de l'origine du comportement. L'absence de cause peut être, due, soit à l'existence d'une contrainte économique. Elle est alors le résultat d'un consentement extorqué. Soit il s'agit simplement une stratégie de négociation contractuelle, notamment en droit de la distribution avec les services commerciaux dans le cadre de la coopération commerciale. Par exemple, la pratique de la corbeille de la mariée prévue à l'article L.442-6 I 1° a) du

⁹¹⁰ G. CORNU, *Ibid*, p. 409 : v. équivalence (I, b).

⁹¹¹ G. CORNU, *Ibid*, p. 409 : v. équivalence (I, b).

⁹¹² (Dir.) R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2nde éd., coll. Objectif Droit, Litec, Paris, 2004 : v. cause.

⁹¹³ G. CORNU, *Ibid*, p. 152 : v. cause (I, 3, b) : « *Intérêt de l'acte juridique pour son auteur, qui correspond s'il s'agit de vérifier l'existence de la cause, à l'effet de droit inhérent à l'acte, considération abstraite plus objective et invariable dans un même temps type d'acte* ».

Code de commerce⁹¹⁴. Ainsi, toute absence de cause ne saurait refléter l'existence d'une contrainte économique.

990. Par ailleurs, lorsque l'absence de cause reflète une contrainte économique, la cause ne sanctionne qu'une infime partie de la contrainte économique.

991. Enfin, il s'agit de mécanismes permettant uniquement d'effacer les conséquences de la contrainte économique. La cause n'agit pas vraiment sur la contrainte économique elle-même. Ils n'agissent qu'*a posteriori*, il serait plus opportun d'avoir recours à des mécanismes agissant *a priori*. Ils n'ont qu'une fonction réparatrice et non protectrice. Or, la contrainte économique étant une faute lucrative portant atteinte à l'intégrité du consentement, il est nécessaire que le traitement de la contrainte économique ait une fonction réparatrice et protectrice.

992. Ainsi, il s'agit d'un mécanisme insuffisant qui présente quelques inconvénients pour sanctionner la contrainte économique. Il convient de rejeter la notion de cause comme mécanisme de traitement de la contrainte économique.

993. D'autres mécanismes traditionnels sont également à écarter car l'objet est un déséquilibre contractuel et non par l'exploitation abusive d'un déséquilibre des forces économiques.

⁹¹⁴ Art. L.442-6 I 1° a) du C. com. : « *D'obtenir ou de 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. Un tel avantage peut notamment consister 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. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients (...)* ».

B. DES MÉCANISMES SANCTIONNANT UN DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

994. L'une des plus grandes erreurs commises par une partie de la doctrine et par les droits spéciaux est la confusion récurrente entre le déséquilibre contractuel et le déséquilibre structurel.

995. Aussi, un bon nombre de régimes en droit civil ne permettent pas de sanctionner correctement la contrainte économique car ils sanctionnent davantage le déséquilibre contractuel que l'exploitation abusive d'un déséquilibre des forces économiques. Autrement dit, ils sanctionnent davantage les conséquences d'une situation de contrainte économique que la situation de contrainte économique elle-même. C'est le cas de la notion de lésion qui sont régulièrement présentés comme instruments permettant de sanctionner la contrainte économique (1) et celui de la théorie de l'imprévision (2).

1. LA LÉSION

996. La lésion est consacrée à l'article 1168 du Code civil. Elle se définit comme étant un « *déséquilibre entre les prestations à un contrat susceptible de permettre dans certains cas sa rescision* »⁹¹⁵.

997. La lésion n'est pas un mécanisme pertinent pour sanctionner la contrainte économique, elle permet de sanctionner le déséquilibre significatif entre les prestations des parties. Or, la contrainte économique se caractérise par un abus de déséquilibre

⁹¹⁵ (Dir.) R. CABRILLAC, *Ibid* : v. lésion.

structurel existant entre les parties⁹¹⁶. Il est vrai qu'un abus de déséquilibre structurel peut donner lieu à un déséquilibre contractuel mais tous les déséquilibres contractuels ne trouvent pas leur source au sein d'un déséquilibre structurel. Il est peut-être le résultat d'une contrainte économique ou simplement d'une réelle volonté des parties et qui, dans ce cas, reflète une stratégie de négociation contractuelle et commerciale. La lésion n'a pas le même objet que la lutte contre la contrainte économique. L'objet de protection de la lésion est l'équilibre contractuel alors que l'objet de protection de la lutte contre la contrainte économique est la protection de l'intégrité du consentement.

999. Par ailleurs, il convient de noter que la lésion a un champ d'application très limité. Elle concerne que la formation du contrat. De plus, dans un souci de sécurité juridique, le recours à la lésion doit se faire dans des cas exceptionnels.

Or, la lutte contre la contrainte économique ne saurait être limitée au champ d'application de la lésion. Le champ d'application de la contrainte économique a vocation à être le plus large possible en raison de sa nature protectrice afin de protéger au maximum l'intégrité du consentement de la victime.

1000. Ainsi, la lésion n'est pas un mécanisme pertinent pour sanctionner correctement la contrainte économique. En effet, son champ d'application diffère de celui de la contrainte économique

1001. Après avoir jugé l'éventuelle implication de la lésion dans le traitement de la contrainte économique, il faut désormais évaluer le rôle que pourrait jouer la théorie de l'imprévision dans la réception de la notion de contrainte économique.

⁹¹⁶ Dans le même sens : v. J.-P. CHAZAL, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.*, 2000, chron. p. 879 et s. ; P. STOFFEL-MUNCK, « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 45.

2. LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

1002. Le recours à la théorie de l'imprévision pour sanctionner la contrainte économique est critiquable. En effet, à l'instar de la lésion, la théorie de l'imprévision est un mécanisme permettant la recherche de l'équilibre contractuel. Toutefois, il faut tirer, de l'étude de la théorie de l'imprévision, des enseignements précieux pour améliorer la prise en compte de la contrainte économique.

1003. La théorie de l'imprévision est consacrée par l'article 1195 du Code civil qui déclare 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* ».

La théorie de l'imprévision consiste à permettre la révision ou l'annulation d'un contrat dès lors qu'en raison de circonstances économiques imprévisibles lors de la formation du contrat ont rendu son exécution pour l'une des parties, manifestement plus onéreuse voire impossible.

1004. La théorie de l'imprévision a été reconnue en France que très récemment⁹¹⁷. Avant cette reconnaissance légale, il n'existait pas de construction jurisprudentielle sauf exception faite du droit administratif⁹¹⁸.

1005. Un bon nombre de pays étrangers reconnaissent la reconnaissance (Italie, Grèce, Portugal, Egyptien, Algérie. Certains le reconnaissent par une construction jurisprudentielle (Suisse, Pays-Bas, Allemagne). Seuls la Belgique et le Luxembourg ne reconnaissent pas encore la théorie de l'imprévision. Le Droit anglais se distingue par une

⁹¹⁷ Art. 2 de l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

⁹¹⁸ C.E., 24 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*.

doctrine de la « frustration » qui permet au juge de mettre fin au contrat quand des changements de circonstances rendent l'exécution contractuelle impossible, illégale ou bien il doit y avoir « *frustration on the purpose of the contract* »⁹¹⁹.

1006. De même, la jurisprudence refusait de reconnaître la théorie de l'imprévision.

En effet, dans un célèbre arrêt CANAL DE CRAPONNE, la Cour de cassation rejette la théorie de l'imprévision en déclarant qu'« *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* »⁹²⁰.

Ainsi, le débiteur doit exécuter les obligations telles qu'elles ont été initialement prévues et le contrat peut être résilié à ses torts, s'il n'y parvient pas. Tout juste peut-il espérer que le créancier accepte de rediscuter les termes de l'accord⁹²¹.

1007. Toutefois, devant l'évolution des relations contractuelles, le Droit français envisagerait de modifier éventuellement sa position sur le sujet et de reconnaître l'imprévision.

En effet, dans l'arrêt HUARD, du 3 novembre 1992⁹²², la Chambre commerciale de la Cour de cassation semble se diriger vers l'acceptation de la théorie de l'imprévision. Elle retient que l'exigence d'exécution de bonne foi du contrat conduit à identifier, en cas de changement des circonstances économiques, une obligation de renégociation, inhérente aux contrats.

1008. De plus, dans un arrêt plus récent du 29 juin 2010, la Cour de cassation déclare « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher, si l'évolution des circonstances économiques et*

⁹¹⁹ B. FAUVRARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *RDC*, 1 janvier 2004, n° 1, p. 67.

⁹²⁰ Civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne, *DP.*, 1876, I, p. 193 ; *S.*, 1876, I, p. 161.

⁹²¹ E. SAVAUX Eric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *RDC*, 1 juillet 2010, n° 3, p. 1057.

⁹²² Com., n° 90-18547, 3 novembre 1992, l'affaire Huard, *Bull.*, 1992, IV, n° 338, p. 241.

notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux (...) n'avait pas eu pour effet (...) de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature (...) et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit (...), ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société sollicitait l'exécution, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale »⁹²³.

Cette solution de la Cour de cassation est pour le moins ambiguë⁹²⁴. La Cour de cassation n'admet pas et ne rejette pas non plus la théorie de l'imprévision. Elle censure la solution des juges du fond car la Cour d'appel n'a pris en compte le changement des circonstances économiques et ses effets sur le contrat et ses obligations.

1009. En effet, les différents projets de réforme du droit des contrats en droit interne consacrent la théorie de l'imprévision (article 136 du projet de la CHANCELLERIE⁹²⁵, article 1135-1 et suivants du projet CATALA⁹²⁶).

Puis, à l'occasion de la réforme du droit des contrats, l'ordonnance du 10 février 2016 par son article reconnaît la théorie de l'imprévision à l'article 1195 du Code civil.

1010. Ainsi, il convient de s'attarder sur l'opportunité que peut présenter la théorie de l'imprévision quant au traitement de la contrainte économique. La théorie de l'imprévision permet davantage de sanctionner le déséquilibre contractuel que la

⁹²³ Com., n° 09-67369, 29 juin 2010, Sté d'exploitation de chauffage c/ Sté Soffimat, *JurisData* n° 2010-010742.

⁹²⁴ Com., n° 09-67369, 29 juin 2010, Sté d'exploitation de chauffage c/ Sté Soffimat, *JurisData* n° 2010-010742, JCP E, 25 octobre 2010, n°43, p. 1056, obs. T. FAVARIO « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion » ; JCP E, 16 Décembre 2010, n° 50, p. 2108, obs. S. LE GAC- PECH ; L.P.A., 24 décembre 2010, n° 256, p.7, obs. A.-S. CHONE, « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas ».

⁹²⁵ Art. 136 du *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009 : « Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation (...) ».

⁹²⁶ Art. 1135-1 du (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005 : « Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles ».

contrainte économique c'est-à-dire un abus de déséquilibre des forces économiques. Il s'agit d'un mécanisme permettant davantage la recherche et la protection de l'équilibre contractuel que la protection de l'intégrité du consentement.

1011. En effet, la théorie de l'imprévision ne peut appréhender la contrainte économique de manière satisfaisante.

En effet, le domaine d'application de la théorie de l'imprévision est cantonné au déséquilibre contractuel. La théorie de l'imprévision a vocation à s'appliquer quand l'équilibre initial des prestations est gravement bouleversé en raison de circonstances économiques. Ainsi, la théorie de l'imprévision protège l'équilibre contractuel.

Cependant, la contrainte économique se caractérise par l'abus d'un déséquilibre structurel. Bien que les abus de déséquilibre contractuel puissent donner lieu à un déséquilibre contractuel, il est inexact de considérer que tous les déséquilibres contractuels découlent d'une contrainte économique.

1012. De plus, il faut noter que la théorie de l'imprévision complète le régime de la lésion. En ce sens que tous deux visent à sanctionner le déséquilibre entre les prestations. La différence est le moment où ils s'appliquent, en effet, la lésion s'applique lors de la formation et la théorie de l'imprévision s'applique lors de l'exécution du contrat (et exclut fermement l'existence de ce déséquilibre lors de la formation).

1013. La théorie de l'imprévision sanctionne un déséquilibre contractuel née du changement de circonstances économiques qui rendent l'exécution du contrat trop onéreux. La contrainte économique vise à sanctionner l'abus d'un déséquilibre des forces économiques. Ainsi, malgré le lien qui peut exister entre déséquilibre structurel et déséquilibre contractuel, la théorie de l'imprévision et la lutte contre la contrainte économique ne poursuivent pas la même finalité.

1014. Il est évident que la théorie de l'imprévision n'est pas un mécanisme permettant un traitement efficace de la contrainte économique. Pour autant, il faut tirer de l'étude de la théorie de l'imprévision des enseignements permettant d'améliorer traitant de la contrainte économique.

1015. En effet, les sanctions de la théorie de l'imprévision peuvent inspirer le traitement de la contrainte économique notamment le recours à la renégociation. En effet, l'article 1195 du Code civil prévoit comme sanction à la théorie de l'imprévision la renégociation. Certains auteurs estiment que la théorie de l'imprévision et notamment la possibilité offerte aux parties de renégocier le contrat est « *un instrument de la pérennité contractuelle* », elle est « *le remède contre l'instabilité, la précarité économique et même parfois, comme la garantie de la paix sociale* »⁹²⁷.

En cas d'échec de la renégociation, « *les parties peuvent convenir de la résolution du contrat (...) 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* »⁹²⁸.

1016. En effet, la contrainte économique consiste à abuser de la situation de dominé d'un contractant pour lui faire passer un acte ou engagement qu'en temps normal il n'aurait pas passé. Il est donc opportun d'offrir la possibilité aux parties de renégocier le contrat si elles le souhaitent.

Toutefois, il faut concilier deux impératifs celui de la volonté des parties et l'efficacité de la norme.

1017. Ainsi, il est important pour les parties d'avoir le choix entre la possibilité de résilier le contrat et la possibilité de ne pas le résilier le contrat et de préférer dans ce cas une renégociation du contrat.

⁹²⁷ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *L.P.A.*, 30 juillet 2005, n° 129, p. 4.

⁹²⁸ Art. 1195 du C. civ.

1018. Par exemple, il pourrait être imaginé un système où l'intervention du juge est limitée au cas où les parties ne se mettraient pas d'accord. Auquel cas le juge pourra imposer une tentative de renégociation (dans un délai raisonnable), soit pourra déclarer la nullité du contrat, la date et les effets qu'emporte cette nullité.

Ce système permettra de concilier le respect de la liberté des parties, en évitant qu'une partie, en faisant preuve de malhonnêteté, ne profite des circonstances économiques défavorables qui surviennent et pèsent sur l'une des parties. En faisant appel au juge en dernier recours, c'est-à-dire en cas de blocage, ce système permet l'efficacité du régime.

1019. Les plus pessimistes face à la possibilité offerte aux juges d'ordonner la renégociation aux parties seront quelque peu rassurés par les propos du Professeur Barthélémy MERCADAL⁹²⁹ qui rapporte que les arbitres, dans le cadre de contrats internationaux, feraient une application modérée de la théorie de l'imprévision et donc n'imposeraient que rarement la renégociation du contrat.

Il s'agit d'un avis partagé par le Professeur Muriel FABRE-MAGNAN, qui déclare que : *« ni les juges ni les juristes ne sont jamais neutres, y compris politiquement, mais les juges français, en particulier ceux de la Cour de cassation, ont peut toujours se trouver des interprétations équilibrées, et il n'y a donc aucune raison de ne pas leur faire confiance a priori »*⁹³⁰.

1020. A titre indicatif, il convient de souligner que les mécanismes du droit civil sont tous des mécanismes *a posteriori* qui permettent juste de sanctionner la contrainte économique ; et par conséquent, ils interviennent une fois que la contrainte économique a eu lieu. Il serait intéressant d'établir des mécanismes *a priori*, pour parvenir les situations de la contrainte économique.

⁹²⁹ B. MERCADAL, « Sur la réforme du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, coll. Etudes, Mélanges, Travaux, Dalloz et Litec, Paris, 2011.

⁹³⁰ J. BEGUIN, H. BERANGER, « Réforme du droit des contrats : Un très bon projet-entretien avec M. FABRE-MAGNAN », *JCP*, 22 octobre 2008, n° 43, I, p. 199.

1021. Il faut tirer profit du régime commun offert à la notion de contrainte économique pour poursuivre l'effort d'identification de cette notion en lui donnant une définition propre, unique et directe.

CHAPITRE II. L'ABSENCE D'UNE DÉFINITION DE LA NOTION DE CONTRAINTÉ ÉCONOMIQUE

1022. La contrainte économique souffre de l'absence d'un régime commun et d'une définition propre. En effet, c'est une notion fragmentée à travers différentes notions et traitée par de nombreux régimes. En effet, elle gangrène aussi bien le droit civil que les droits spéciaux aussi bien les rapports entre professionnels, les rapports entre professionnels et consommateurs que les rapports entre particuliers.

Ainsi, alors même que la contrainte économique est extrêmement présente au sein du Droit, elle est dépourvue d'une définition propre ce qui rend d'autant plus opaque la compréhension de la notion de contrainte économique et qui explique l'échec du traitement de la contrainte économique.

1023. Beaucoup ont tenté de définir la notion de contrainte économique. Mais ces tentatives sont restées veines. En effet, les juristes ont tendance à confondre la contrainte économique tantôt avec le déséquilibre contractuel et tantôt avec le déséquilibre structurel. Parfois même, ces plumes de la doctrine confondent la notion de contrainte économique avec celle de la violence économique ou l'abus de situation. Ainsi, ces rares plumes de la doctrine ayant tenté de définir la notion de contrainte économique ont offert une définition indirecte, erronée ou incomplète.

1024. Aussi, face à tant d'ambiguïtés et de confusions, il convient de définir la contrainte économique de manière minutieuse, en déterminant dans un premier temps, ce qui ne relève pas de la contrainte économique et donc donner une définition négative de la notion de contrainte économique (Section I). Ce travail permettra afin d'éviter la répétition des erreurs commises par le passé en excluant définitivement ce qui ne relève pas de la contrainte économique et ainsi obtenir une définition de la notion de contrainte économique exempte de toutes confusions.

1025. Puis, dans un second temps, il faudra tenter d'établir une définition positive la notion de contrainte économique en offrant une définition claire et directe de cette notion (Section II). Pour ce faire, il faudra s'appuyer d'une part, sur les enseignements tirés de l'étude de l'évolution de la notion de contrainte économique et d'autre part, sur les éléments du régime commun à la notion de la contrainte économique.

SECTION I. LA DÉFINITION NÉGATIVE DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1026. La définition négative permet de dessiner les contours de la notion de contrainte économique. Définir la notion de contrainte économique nécessite de déterminer en amont ce qui relève de la notion de contrainte économique et ce qui n'en relève pas. Ainsi pour définir la notion de contrainte économique, il est impératif, a contrario, de définir ce que la contrainte économique n'est pas.

1027. Or, le plus souvent les juristes confondent la contrainte économique avec les notions les plus périphériques. Pour ce faire, il s'agit de déterminer les notions voisines, les régimes connexes et semblables à la contrainte économique induisant souvent en erreur les juristes. Ainsi, la contrainte économique est principalement confondue soit avec le déséquilibre structurel (Paragraphe II) qui est l'une des causes d'une situation de contrainte économique soit avec le déséquilibre contractuel (Paragraphe I) qui peut être la conséquence d'une situation de contrainte économique.

1028. Le déséquilibre structurel est une condition nécessaire à la qualification d'une situation de contrainte économique mais elle ne peut être en soit constitutive d'une situation de contrainte économique. De même, une situation de contrainte économique débouche souvent sur un déséquilibre contractuel. Cependant, la notion de déséquilibre contractuel est bien distincte de celle de contrainte économique. Le déséquilibre contractuel peut aussi bien être le fruit d'une situation de contrainte économique que celui d'un jeu commercial normal. Aussi, afin de mieux cerner la notion de contrainte économique, il convient de revenir sur chacune de ces notions et de mettre en exergue les subtilités existantes entre elles et la contrainte économique.

PARAGRAPHE I. LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE ET LE DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

1029. Il faut distinguer la notion de contrainte économique de la notion de déséquilibre contractuel et par conséquent, distinguer le déséquilibre contractuel du déséquilibre structurel.

La contrainte économique est l'abus d'un déséquilibre structurel. Elle suppose l'existence d'un déséquilibre structurel c'est-à-dire d'un rapport de force économique inégal.

Or, le déséquilibre contractuel et le déséquilibre structurel sont deux notions différentes. Le déséquilibre structurel donne souvent lieu à un déséquilibre contractuel. Mais la confusion entre ces notions ne doit pas être faite. Le déséquilibre contractuel n'est qu'une conséquence. L'une des erreurs commises par une partie de la doctrine et des droits spéciaux est la confusion qui est faite entre le déséquilibre contractuel et le déséquilibre structurel. Le déséquilibre contractuel est un déséquilibre significatif entre les prestations des parties. Il est vrai qu'un abus de déséquilibre structurel peut donner lieu à un déséquilibre contractuel mais tous les déséquilibres contractuels ne procèdent pas d'un déséquilibre structurel. Il peut être soit le résultat d'une contrainte économique soit l'expression d'une volonté des parties qui reflète une stratégie de négociation contractuelle et commerciale.

1030. Il faut noter que la contrainte économique permet de protéger le consentement de la victime. La contrainte économique sanctionne un abus de déséquilibre des forces économiques. La contrainte économique ne peut être limitée à un déséquilibre structurel et, *a fortiori*, à un déséquilibre contractuel.

1031. Le déséquilibre contractuel se distingue de la contrainte économique. En effet, le déséquilibre contractuel est le déséquilibre entre les obligations et des prestations

contractuelles des parties au contrat. Le déséquilibre contractuel n'est pas sanctionnable. Il est licite. Il fait partie de la négociation contractuelle normale.

1032. Ainsi, le déséquilibre contractuel résulte de la force de négociation des parties au contrat. Par conséquent, le déséquilibre contractuel peut découler d'une situation de contrainte économique. Une situation de contrainte économique aboutit toujours un déséquilibre contractuel mais tous les déséquilibres contractuels ne trouvent pas leur cause dans une situation de contrainte économique.

A moins que le déséquilibre contractuel ne soit significatif ne relève de la lésion ou de la théorie de l'imprévision, il n'est pas sanctionné car il est licite.

1033. Il convient de s'arrêter quelque peu sur le déséquilibre significatif.

Le déséquilibre significatif est sanctionné à l'article L.442-6 I 2° du Code de commerce selon lequel : *« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par 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 »*. Depuis peu⁹³¹, le déséquilibre significatif est également sanctionné à l'article 1171 du Code civil qui déclare 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 »*⁹³².

1034. Bien que le déséquilibre contractuel et le déséquilibre significatif ne relèvent pas de la contrainte économique, ils ont un lien avec la contrainte économique.

En effet, la contrainte économique débouche forcément sur un déséquilibre contractuel. C'est dans cet esprit que le déséquilibre significatif est venu remplacer le régime de

⁹³¹ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35 (art. 2).

⁹³² Art. 1171 du C. civ.

l'exploitation abusive de dépendance économique en tant que pratique restrictive de concurrence à l'article L.442-6 I 2° du Code de commerce. En raison de l'échec du régime de l'abus de dépendance économique à sanctionner convenablement les situations de contrainte économique, le législateur, dans un aveu de faiblesse, a décidé de le remplacer par le régime du déséquilibre significatif. En effet, en raison de l'incapacité de prendre en compte la contrainte économique directement par le biais du régime de l'abus de dépendance économique, le législateur fait le choix de traiter les conséquences et les effets d'une situation de contrainte économique et de sanctionner le déséquilibre contractuel qui en découle lorsque ce-dernier est significatif.

1035. Bien que sortant du cadre de l'étude sur la contrainte économique, ce régime mérite de faire l'objet de quelques précisions.

D'abord, ce régime doit absolument être précisé car la lettre de ce régime est générale et floue, ce qui offre aux magistrats une marge d'interprétation très confortable.

En effet, la jurisprudence devra déterminer ce que signifie le terme « déséquilibre significatif », et notamment, déterminer le seuil à partir duquel le déséquilibre contractuel est significatif.

En tout état de cause, cette liberté offerte aux magistrats de définir et d'encadrer, représente un aléa juridique pour les justiciables et participe à l'insécurité juridique.

1036. Ensuite, il faut s'attarder sur l'idée qui est véhiculée par l'adoption de cette nouvelle infraction. Le passage (et l'abrogation) du régime précédent relatif à l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique à l'adoption de ce régime n'est ni anodine ni sans effets.

1037. En effet, un tel choix n'est pas anodin. Face à l'échec du régime de l'abus de dépendance économique, en tant que pratique anticoncurrentielle au sein de l'article L.420-2 alinéa 2nd du Code de commerce et à la difficulté de sanctionner la contrainte économique en tant que pratiques restrictive de concurrence au titre de l'article L.442-6

I, 2°, b) du Code de commerce conduit le législateur à supprimer, curieusement, l'infraction d'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique (pratique restrictives de concurrence) et de la remplacer par un instrument juridique dont la lettre et l'esprit sont exprimés en termes très généraux rendant le régime, à sa simple lecture, particulièrement flou.

En effet, les magistrats bénéficient d'une très large marge de manoeuvre. Effectivement, le législateur semble offrir très généreusement à la jurisprudence la tâche difficile de définir et d'encadrer ce régime. Le législateur a créé un régime suffisamment général, remplaçant le précédent pour tomber sous sa qualification les situations de dépendance économique si difficilement caractérisables sous l'ancien régime, et ce, sans vouloir se donner la peine de le définir et de l'encadrer.

1038. L'adoption de ce régime véhicule définitivement le sentiment d'échec et de désespoir du législateur face à la complexité et la particularité du traitement de la contrainte économique.

Ce passage d'un régime qui fonctionne mal à un régime beaucoup trop flou et général participe en tout état de cause, à un recul du législateur et dénote de toute la difficulté rencontrée par les juristes pour traiter de la contrainte économique.

1039. Ce choix n'est pas non plus sans effets.

Le régime relatif à l'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence était légitime et opportun mais a été supprimé par le législateur et remplacé par le régime actuel relatif au déséquilibre significatif.

Le traitement de la contrainte économique au titre du droit de la concurrence consiste en un régime relatif à l'abus de dépendance économique au titre des pratiques anticoncurrentielles, dont le constat se solde par un échec.

1040. Le régime relatif au déséquilibre significatif semble, au vu du traitement de la contrainte économique, être peu recommandable pour plusieurs raisons.

D'abord, symboliquement, pour les raisons évoquées précédemment. L'adoption de ce régime consiste en une reconnaissance indirecte du législateur de la très grande difficulté à traiter de la contrainte économique par les régimes précédents. Elle se caractérise comme un recul du législateur.

Ensuite, sa légitimité peut, aisément, être remise en cause. Il semblerait qu'au vu du contexte d'adoption de ce régime et de sa codification au titre de l'article L.442-6 I 2° b) du Code de commerce, l'objectif de ce régime est de pallier le régime précédent dont la finalité était la lutte de la contrainte économique. Ainsi, il semblerait que dans l'esprit du législateur, l'objectif poursuivi par ce régime soit également la lutte contre la contrainte économique.

1041. La lettre du texte laisse peu de place au doute. La finalité de ce régime est la lutte contre le déséquilibre contractuel pour que les droits et les obligations des partenaires ne soient pas configurés dans un déséquilibre.

Or, la lutte contre la contrainte économique sanctionne les abus de déséquilibre des forces économiques et non pas le déséquilibre contractuel aussi significatif soit-il.

A défaut de pouvoir sanctionner, directement, la contrainte économique, le législateur décide de sanctionner la contrainte économique, indirectement et en aval, en sanctionnant la conséquence de la contrainte économique. Ce régime consiste à un aveu d'échec du législateur à connaître de la contrainte économique.

1042. Enfin, ce régime est fort inopportun pour le traitement de la contrainte économique. La contrainte économique est souvent confondue par les juristes avec le déséquilibre structurel.

PARAGRAPHE II. LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE ET LE DÉSÉQUILIBRE STRUCTUREL

1043. Le déséquilibre structurel se distingue de la contrainte économique. Le déséquilibre structurel est le déséquilibre des forces économiques des parties au contrat.

1044. Ce déséquilibre des forces économiques peut prendre plusieurs formes.

Il peut s'exprimer davantage à travers la puissance d'un partenaire sur l'autre. C'est le cas des situations de dominations comme la puissance économique, la position dominante d'un partenaire.

Il peut également s'exprimer davantage par la faiblesse ou la vulnérabilité d'un partenaire face à l'autre. C'est le cas de la dépendance économique, de la faiblesse économique, de la faiblesse intrinsèque (âge, l'ignorance, la grossesse), de la faiblesse extrinsèque (urgence, mouvements sectaires...).

1045. Le déséquilibre structurel est le déséquilibre des forces structurelles des contractants. Autrement dit, l'existence d'une relation déséquilibrée des forces économiques des parties au contrat. Le déséquilibre structurel est relativement courant. Toute relation contractuelle repose sur un schéma dominant/dominé. Le déséquilibre structurel est licite.

1046. Les premières tentatives de prise en compte de la contrainte économique ont été quelque peu maladroites. Les juristes avaient tendance à caractériser la contrainte économique par la simple démonstration de l'existence d'un déséquilibre structurel. Alors même que le seul déséquilibre structurel est licite.

1047. La contrainte économique a été traitée à travers la notion de dépendance économique et à travers la notion de position dominante.

Ainsi, la loi du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière⁹³³ sanctionnait la position dominante des entreprises : *« sont prohibées dans les mêmes conditions les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché »*⁹³⁴.

1048. De même la loi du 30 décembre 1985 relative aux pratiques discriminatoires de vente⁹³⁵ considérait le « simple » état de dépendance économique comme une circonstance aggravante du délit de pratiques discriminatoires de vente⁹³⁶ portant la peine au double lorsque les avantages étaient obtenus d'un partenaire en situation de dépendance économique.

L'exploitation abusive de dépendance économique n'a été sanctionnée que par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁹³⁷ qui dispose qu'*« est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état*

⁹³³ Loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915.

⁹³⁴ Art. 3, § I, de la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915 qui a modifié l'art. 59 bis de l' Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150.

⁹³⁵ Loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, *JORF*, 31 décembre 1985, p. 15513.

⁹³⁶ Art 1^{er} de la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, *JORF*, 31 décembre 1985, p. 15513 modifie l'art. 37 de l'Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150 créant au 1° un g) : *« Est assimilé à la pratique de prix illicite le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, de pratiquer à l'égard d'un partenaire économique, de lui demander ou d'obtenir de lui des prix ou des conditions de vente discriminatoires ou encore des dons en marchandises ou en espèces dans des conditions de nature à porter atteinte à la concurrence. Lorsque ces avantages sont obtenus d'un partenaire en situation de dépendance, les peines applicables sont celles prévues à l'article 41 de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 »*.

⁹³⁷ Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente »⁹³⁸.

1049. La différence entre la contrainte économique et le déséquilibre structurel est l'existence d'une exploitation abusive.

La configuration structurelle des parties au contrat n'est pas sanctionnante en soit. Ce qui est répréhensible est le fait de tirer profit abusivement de cette configuration structurelle pour retirer un avantage qu'en temps normal la partie faible aurait jamais concédé sans cet abus.

1050. Le déséquilibre structurel ne peut être confondu avec une situation de contrainte économique. Le déséquilibre structurel est une composante fondamentale de la contrainte économique. Il participe de la définition de la contrainte économique.

1051. Une fois les éléments de définition inutiles et perturbateurs écartés et le champ d'application de la contrainte économique clairement déterminé, il faut un ancrage identitaire de la notion de contrainte économique mettre un terme à la tentative en lui offrant une définition propre.

⁹³⁸ Art. 8, al. 2nd, §2 de l'Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773 codifié à l'art. L.420-2 du C. com. et modifié par l'Ord. n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce, *JORF*, 21 septembre 2000, n° 0219, p. 14783.

SECTION II. LA DÉFINITION POSITIVE DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1052. La contrainte économique est dépourvue d'identité. Pour combler cette lacune, il faut tenter d'offrir une définition à la notion de contrainte économique. Pour ce faire, une approche multidisciplinaire de la contrainte est essentielle.

1053. Aussi, dans le sens courant et de manière générale, la contrainte est, selon le dictionnaire de l'Académie Française, la « *violence qu'on exerce contre quelqu'un, pour l'obliger à faire quelque chose malgré lui ou pour l'empêcher de faire ce qu'il voudrait.* [...] Il signifie également « état de celui à qui on fait cette violence » »⁹³⁹.

Pour Le Petit Larousse⁹⁴⁰, la contrainte se définit comme étant l'« *action de contraindre, de forcer quelqu'un à agir contre sa volonté ; pression morale ou physique, violence exercée sur lui* ». Elle peut également se comprendre comme étant l'« *obligation créée par les règles en usage dans un milieu, par les lois propres à un domaine, par une nécessité* ». La contrainte est définie comme l'« *état de gêne de quelqu'un à qui on impose ou qui s'impose une attitude contraire à son naturel, à son penchant* ».

Le dictionnaire Hachette⁹⁴¹, définit la contrainte comme étant la « *violence, pression exercée sur quelqu'un (pour l'obliger à agir, ou l'en empêcher)* », l'« *obligation, règle à laquelle on doit se soumettre* ». Elle désigne également l'« *état de celui qui subit cette violence* ».

En définitive, eu égard à ces définitions, la contrainte peut être définie comme étant la violence, la pression exercée (morale ou physique) ou l'action de contraindre ou de forcer

⁹³⁹ Dictionnaire de l'académie française, 8^{ème} éd. (1932-1935), en ligne < <http://www.academie-francaise.fr/le-dictionnaire/consultation-en-ligne>>.

⁹⁴⁰ Dictionnaire Le Petit Larousse, en ligne, <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/contrainte/18670?q=contrainte#18564>>.

⁹⁴¹ Hachette Le dictionnaire, éd. Hachette, Paris 1991, p. 354.

exercée contre quelqu'un pour l'obliger à agir et à adopter une attitude contraire à son penchant naturel, à laquelle il se soumet par pure nécessité.

1054. D'un point de vue sociologique, la contrainte peut se traduire par la loi du plus fort. Quand le plus fort ressent le besoin et qu'il doit faire face au refus de ses adversaires, il a recours à la force pour imposer. **Il impose alors par sa simple puissance et l'obéissance de ses adversaires s'exerce par simple contrainte de sa part et/ou nécessité de celle de ses adversaires.**

1055. D'un point de vue purement économique, la contrainte économique peut trouver dans les concepts de la concurrence pure et parfaite une terre d'asile. En effet, la réception de la contrainte économique par le Droit est perçue comme trahissant le concept de la concurrence pure et parfaite et étant contraire à la main invisible d'Adam SMITH⁹⁴². La contrainte économique est considérée comme résultant du jeu commercial normal. Elle est simplement le fruit du jeu de la négociation entre les parties. Elle est donc licite et le Droit n'est pas légitime à dénaturer la relation contractuelle ainsi créée par les parties.

1056. D'un point de vue juridique, le constat qui s'impose est l'absence totale de définition juridique de la contrainte économique. En effet, aucune définition légale de la contrainte économique n'existe et à l'instar du législateur, les magistrats se sont abstenus de donner toute définition de cette notion.

1057. En l'absence de définition légale et prétorienne de la notion de contrainte économique, il convient de se tourner vers les travaux de la doctrine. L'état actuel des recherches doctrinales permet de mettre en évidence trois tendances majeures.

⁹⁴² Adam Smith (5 juin 1723 - 17 juillet 1790) est un philosophe et économiste. Il est considéré comme étant le père fondateur de la science économique. Il pose les bases du raisonnement économique et élabore les hypothèses centrales de l'analyse libérale.

1058. La première tendance qui se dessine consiste en ce que les rares plumes qui tentent de définir la notion de contrainte économique ne donnent jamais une définition autonome c'est-à-dire une définition en tant que telle de la notion de contrainte économique. La contrainte économique n'est pas une notion nouvelle. Les acteurs juridiques, la jurisprudence, la doctrine ou les auteurs des projets de réforme internes et européens, ont depuis longtemps recours à cette notion. Toutefois, elle n'a jamais été ni définie ni traitée en tant que telle.

1059. Un nombre important de ces auteurs définissent la contrainte économique à travers la notion de violence économique ou celle d'abus de situation. Par ailleurs, il existe très peu de définition même de la violence économique. Les auteurs qui proposent une définition de la violence économique se contentent de reprendre les conditions posées par la jurisprudence du 3 avril 2002⁹⁴³. Ainsi, rare sont les auteurs de la doctrine qui offrent une définition de la contrainte économique. En effet, très peu d'auteurs prennent le risque de définir la contrainte économique et bien souvent, malheureusement, la définition proposée est réductrice quant au domaine d'application.

Certaines plumes de la doctrine ont tenté de poser une définition de cette notion. Toutefois, les définitions données ne sont pas satisfaisantes et sont loin d'être abouties (Paragraphe I).

1060. Fort du régime commun de la notion de contrainte économique qui a été déterminé en amont et des enseignements tirés des tentatives échouées de la doctrine, il convient de tenter d'offrir une définition à la notion de contrainte économique afin de mettre un terme à sa quête identitaire (Paragraphe II).

⁹⁴³ Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas.

PARAGRAPHE I. L'ABSENCE DE DÉFINITION ABOUTIE DE LA CONTRAINTÉ ÉCONOMIQUE

1061. Face à l'absence de définition légale et prétorienne de la notion de contrainte économique, les auteurs de la doctrine ont tenté de définir la contrainte économique. Malgré les tentatives et les efforts déployés par quelques plumes de la doctrine, la lecture de ces définitions met en exergue l'absence totale de définition de la contrainte économique au sein de la doctrine. Deux raisons peuvent être invoqués.

1062. Premièrement, la contrainte économique n'est qu'exceptionnellement et que ponctuellement définie en tant que telle (A). Les auteurs ont tendance à définir la contrainte économique à travers d'autres notions ce qui a pour effet de fausser le domaine d'application de la contrainte économique. En effet, ce dernier est alors soit trop vaste soit trop réduit. L'absence de définition propre à la notion de contrainte économique s'explique par le fait qu'elle n'a pas de régime propre. La contrainte économique est traitée par d'autres régimes et d'autres notions.

1063. Afin de respecter une certaine rigueur intellectuelle, il convient d'affirmer que la définition de la contrainte économique à travers d'autres notions n'est pas, véritablement, dérangeante en soit. Elle ne peut pas expliquer seul l'échec du traitement de la contrainte économique à condition que le contenu de la définition au titre de ces notions relève bien de la contrainte économique. Or, ce n'est malheureusement pas le cas.

1064. D'ailleurs et c'est la deuxième raison de l'absence de définition de la contrainte économique, les définitions proposées sont, pour la plupart, incomplètes (B). Aussi, les exceptionnelles définitions de la contrainte économique proposées par la doctrine sont erronées.

A. L'ABSENCE DE DÉFINITION AUTONOME DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1065. Dans une ultime tentative de définition, la grande majorité des auteurs de la doctrine a tendance à définir la contrainte économique à travers d'autres notions. En effet, les définitions proposées présentent le même défaut en leur sein : la contrainte économique est assimilée soit au régime particulièrement restreint de la violence économique (1), soit à la notion très vaste d'abus de situation (2).

1. LA DÉFINITION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE À TRAVERS LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE

1066. Parmi les auteurs tentant de définir la contrainte économique, une très large majorité assimile la contrainte économique à la violence économique.

Cette erreur commune est due en partie aux magistrats qui ont défini la contrainte économique à travers la violence économique. Pour le reste, l'absence d'un régime commun à la notion de contrainte économique et d'un régime propre explique grandement la difficulté des auteurs à lui attribuer une définition propre et autonome.

1067. Dans un arrêt du 30 mai 2000, la Cour de cassation a mentionné pour la première fois la contrainte économique. Une grande première qui a suscité beaucoup d'enthousiasme. Pourtant, la Haute Cour ne fait que l'évoquer du bout des lèvres. Les

juges déclarent que : « *la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* »⁹⁴⁴.

1068. Bien que la Cour de cassation fasse référence à la contrainte économique, elle ne donne aucune définition de la notion de contrainte économique. Il semblerait que les juges se contentent de rattacher la contrainte économique, dans sa globalité, à la violence économique. Les juges de la Haute Cour ont précisé, dans un second arrêt célèbre, qu'ils entendaient par violence économique « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne* »⁹⁴⁵.

1069. En opérant cette fâcheuse assimilation entre la contrainte économique et la violence économique, la Haute Cour a déclenché une série de réactions en chaîne au sein de la communauté doctrinale dont une majorité a adopté la même position que les Hauts magistrats et a défini, la contrainte économique par le biais de la violence économique.

1070. En effet, Jean ROVINSKI définit la violence économique (qu'il appelle « *l'abus de situation contractuelle dominante*⁹⁴⁶ ») comme étant « *l'exploitation abusive par un contractant dominant d'un état de supériorité intellectuelle lors de la négociation, caractérisée par des pressions matérielles ou psychologiques atteignant le consentement du contraint dans son élément de liberté d'une manière suffisamment forte pour justifier*

⁹⁴⁴ Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur* », *RTD civ.*, 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion » ; *L.P.A.*, 22 novembre 2000, n° 233, p. 18, obs. S. SZAMES, « La violence économique : vice du consentement ? » ; *JCP*, 24 janvier 2001, n°4, II, 10461, obs. G. LOISEAU, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion » ; *JCP E*, 29 mars 2001, n°13, p. 571, obs. R. SECNAZI, « La contrainte économique qualifiée de violence pour justifier l'annulation d'une transaction manifestement déséquilibrée ».

⁹⁴⁵ Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*.

⁹⁴⁶ Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*, *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2003, n° 25, p. 18, obs. J. ROVINSKI, « Contrats et obligations ».

l'annulation du contrat déséquilibré qui en est résulté, générateur d'avantages injustes en faveur du contractant dominant »⁹⁴⁷.

1071. De même, le Professeur Georges LOISEAU définit la violence économique comme étant « *aux seules hypothèses où l'une des parties abuse de sa puissance économique au détriment de l'autre ou exploite abusivement la situation économique défavorable dans laquelle se trouve la victime pour l'amener à conclure un contrat à des conditions désavantageuses* »⁹⁴⁸.

1072. Le Professeur Isabelle BEYNEIX⁹⁴⁹ ne définit pas la contrainte économique comme telle. Elle opère une assimilation entre la contrainte économique et la violence économique telle qu'elle est entendue par la Haute Cour. Ainsi, le Professeur Isabelle BEYNEIX rappelle que : « *seule la contrainte économique abusive est constitutive de la violence économique et non la simple dépendance économique* ». Elle considère que : « *le vice de violence économique est caractérisée par un état de dépendance économique abusif ou une contrainte économique abusive* ».

1073. A la lecture conjointe des deux arrêts rendus par la Haute Cour, le Professeur Luc GRYNBAUM retient que la violence économique est le remède au déséquilibre économique ou à la disproportion imposée par une partie abusant de sa puissance économique dans un contrat⁹⁵⁰. Il définit la violence économique comme consistant « *pour le contractant en une menace pressante dirigée contre sa personne ou sa situation* »⁹⁵¹.

⁹⁴⁷ J. ROVINSKI, *Le vice contractuel de violence dans le droit moderne des contrats*, thèse Aix-en-Provence, 1987, p. 225, n° 133, et p. 387, n° 180.

⁹⁴⁸ Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 169, p. 109, *Depris c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*, *JCP*, 24 janvier 2001, n°4, II, 10461, obs. G. LOISEAU, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ».

⁹⁴⁹ I. BEYNEIX, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », *L.P.A.*, 25 août 2006, n°170, p. 3.

⁹⁵⁰ L. GRYNBAUM, *Droit civil, les obligations*, 2nd éd., coll. H.U. Droit, Hachette Supérieur, Paris, 2007, p. 68, §150.

⁹⁵¹ L. GRYNBAUM, *op. cit.*, p. 68, §150.

1074. Le Doyen Jean CARBONNIER s'interroge quant à la légitimité et l'opportunité d'assimiler la violence et l'exploitation de l'état de nécessité⁹⁵². Il estime que le régime de la violence peut être compatible avec le cas de l'état de nécessité. Il s'agirait de l'exploitation de la nécessité, de la détresse d'autrui⁹⁵³. Ainsi, il plaide pour le traitement des situations de contrainte économique par la violence.

Il va même jusqu'à s'interroger sur un éventuel rapprochement entre l'abus de puissance économique et l'abus de situation⁹⁵⁴.

1075. Selon François MELIN, la violence économique vise le cas où « *l'un des contractants a profité des événements extérieurs (par exemple, de la situation périlleuse dans laquelle se trouve l'autre contractant) pour imposer des conditions qui sont en tant que telles inadmissibles. Il ne fait ainsi que profiter de l'état de nécessité dans lequel se trouve l'autre. [...] On considère généralement que même si la contrainte provient d'événements extérieurs, il y a violence lorsque le contractant abuse de la situation pour obtenir des avantages excessifs* »⁹⁵⁵.

1076. Ils assimilent la contrainte économique à la violence économique mais il ne propose pas aucune définition de la contrainte économique et ce, même à travers de la violence économique. A l'instar de beaucoup d'auteurs, il se contente de rappeler et d'exposer les conditions et les circonstances retenues par la jurisprudence pour qualifier de violence économique des situations données. Cette attitude dénote d'une véritable difficulté pour les membres de la doctrine à définir non seulement la violence économique mais également à cerner la notion de contrainte économique.

⁹⁵² J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens, les obligations*, 22^{ème} éd., coll. Quadrige Manuel, P.U.F., Paris, 2004, vol. 2, p. 1999, §961.

⁹⁵³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, vol. 2, p. 2007 et s., §967 : « *Au reste, l'application de l'article 1111, en semblable situation, n'est sans doute pas aussi incompatible qu'on l'a cru avec la règle que la violence doit avoir été intentionnelle. Celui qui exploite la nécessité exerce bien une pression, une violence, au moment décisif de contracter : s'il exploite la nécessité, c'est de la même manière que ceux qui menacent un vieillard d'abandon exploitent la faiblesse où l'âge l'a mis* ».

⁹⁵⁴ J. CARBONNIER, *Ibid*, vol. 2, p. 1999, §961.

⁹⁵⁵ F. MELIN, *Droit des obligations*, coll. Systèmes, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 91, §130.

1077. De même, le Professeur Alain SERIAUX assimile la contrainte économique à la violence économique. Cependant, il ne délivre aucune définition de la violence économique. Le Professeur Alain SERIAUX s'aligne sur la position de la jurisprudence et définit la violence économique consiste en « *l'exploitation abusive de la situation malencontreuse dans laquelle se trouve le contractant* »⁹⁵⁶, ou comme « *la dépendance économique qui force à accepter un contrat désavantageux, dès lors du moins qu'il est constaté que l'autre partie s'en est prévalu* »⁹⁵⁷. Il considère également que la violence économique consiste en « *l'exploitation, par la personne physique ou morale en position de force sur le plan économique, de la faiblesse de l'autre partie* »⁹⁵⁸.

1078. Le Professeur Muriel FABRE-MAGNAN est l'un des seuls auteurs à faire référence directement à la contrainte économique. Pourtant, il assimile et limite la contrainte économique à la violence économique. Il considère que : « *la contrainte économique est bien une forme violence, dès lors que l'on admet qu'elle puisse résulter des circonstances ; il y a bien aussi sans doute vice du consentement dès lors qu'on exige qu'on exige que le contractant ait abusé de la situation pour faire conclure un contrat déséquilibré* »⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, P.U.F., Paris, 2006, p. 35, §27.

⁹⁵⁷ A. SERIAUX, *op. cit.*, p. 35, §27 ; Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial » ; *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial ».

⁹⁵⁸ A. SERIAUX, *Ibid*, p. 35, §27.

⁹⁵⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, coll. Thémis Droit, P.U.F., Paris, 2008, t.1 : Contrat et engagement unilatéral, p. 335, §139.

1079. Valérie TOULET⁹⁶⁰ assimile la contrainte économique au vice de violence contractuelle qu'elle définit comme étant « *l'exploitation abusive par un contractant dominant d'un état de supériorité lors de la négociation, caractérisée par des pressions matérielles ou psychologiques atteignent le consentement du contraint dans son élément de liberté, d'une manière suffisamment forte pour justifier l'annulation du contrat déséquilibré qui en est résulté, générateur d'avantages injustes en faveur du contractant dominant* »⁹⁶¹. Cette définition de la violence est empruntée aux juges de première instance.

Toutefois, il convient de souligner que cette définition de la violence s'apparente davantage à la définition de la violence économique qu'à la violence contractuelle. Il semblerait que Valérie TOULET définisse la violence économique à travers la violence contractuelle. Elle semble assimiler la contrainte économique à la violence économique.

Par ailleurs, Valérie TOULET ne fait pas référence directement à la violence économique mais elle retient la contrainte économique via l'abus de dépendance économique en droit civil au titre de la violence.

1080. Certains auteurs opèrent une distinction entre la violence économique et l'état de nécessité.

En effet, les Professeurs Philippe MALINVAUD et Dominique FENOUILLET⁹⁶² opèrent une nette distinction entre ce qu'ils appellent la violence économique ou « *l'état de dépendance* »⁹⁶³ [...] « *qui n'est en définitive qu'une forme particulière de l'état de nécessité, dû en ce cas aux circonstances économiques* »⁹⁶⁴ ; et l'état de nécessité proprement dit, ou « *la violence résultant de circonstances* »⁹⁶⁵ naturelles. C'est le cas où le consentement est extorqué sous la pression des circonstances.

⁹⁶⁰ V. TOULET, *Droit civil : les obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, Paradigme, Orléans, 2007, p. 48.

⁹⁶¹ Bourges, 11 avril 1989, *Gaz. Pal.*, 1990, p. 311.

⁹⁶² P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, LexisNexis, Paris 2012, p. 158 et s., §208 et s.

⁹⁶³ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 158 et s., §209.

⁹⁶⁴ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Ibid*, p. 158 et s., §209.

⁹⁶⁵ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Ibid*, p. 158 et s., §208.

1081. D'autres auteurs assimilent indirectement la contrainte économique à la violence économique, préférant parler d'état de nécessité et d'abus de dépendance économique (en droit civil). Toutefois, la violence économique regroupant en son sein ces deux notions mais la violence économique n'est pas limitée à l'état de nécessité et à l'état de dépendance économique. Cela revient à assimiler la contrainte économique à la violence économique.

Tels est le cas de Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER qui n'ont pas recours à la notion de violence économique directement. Ils opèrent une distinction entre la violence résultant de circonstances naturelles et la violence résultant de circonstances économiques⁹⁶⁶. Autrement dit, il opère une distinction entre l'exploitation de l'état de nécessité et l'abus dépendance économique en droit civil. Que la violence résulte des circonstances naturelles ou économiques, cette distinction n'a pas lieu d'être car la violence émane d'un individu qui tire profit du malheur d'un autre et ce peu importe la nature des circonstances.

Il en est de même pour le Professeur Christophe LACHIEZE qui semble, d'ailleurs favorable à une assimilation de ces deux notions à la notion de violence⁹⁶⁷.

1082. Les Professeurs Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX⁹⁶⁸ plaident également en faveur de l'assimilation de l'état de nécessité ou de la « *contrainte résultant des événements* »⁹⁶⁹ c'est-à-dire de la violence résultant des circonstances naturelles à la violence. Ils déclarent, à propos de l'assimilation entre état de nécessité et violence (et donc à propos de la reconnaissance de la violence économique) que, pour l'état de nécessité, contrairement à la violence, « *le consentement est arraché sous la pression des circonstances, qui ne sont assurément pas le fait du cocontractant (...)* »⁹⁷⁰ mais qu'en tout état de cause, que ce soit pour le vice traditionnel de violence ou l'état de nécessité, le cocontractant tire profit de cette violence peu importe sa nature. Ils concluent en

⁹⁶⁶ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, 6^{ème} éd., coll. Litec Droit, Litec, Paris, 1998, t. 2 : Contrat, p. 206, §560 et s.

⁹⁶⁷ C. LACHIEZE, *Droit des contrats*, 3^{ème} éd., coll. Mise au point, Ellipses, Paris, 2012, p. 94, §202.

⁹⁶⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, 15^{ème} éd., coll. Sirey Université, série Droit Privé, Sirey, Paris, 2012, t.1 : L'acte juridique, p. 213, §224.

⁹⁶⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, t.1 : L'acte juridique, p. 213, §224.

⁹⁷⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Ibid.*, t.1 : L'acte juridique, p. 213, §224.

déclarant que : « *l'assimilation de l'état de nécessité à la violence doit être posée comme une règle générale, mais seulement lorsque le cocontractant a profité des circonstances pour stipuler des conditions abusivement favorables* »⁹⁷¹.

1083. Il en est de même pour le Professeur Emmanuel JEULAND⁹⁷² qui assimile l'état de nécessité (autrement dit, la violence résultant d'évènements c'est-à-dire issue de circonstances extérieures) à la violence morale. Il ne fait pas référence à la violence économique mais à une nouvelle forme de violence morale. Ainsi, il assimile, indirectement des situations de contrainte économique, à la violence (morale) par le biais de l'état de nécessité.

1084. Pour finir, les Professeurs François TERRE, Yves LEQUETTE et Philippe SIMLER précisent, dans un premier temps, que la distinction entre l'état de nécessité qu'est la violence issue de circonstances naturelles et la dépendance économique autrement dit la violence qui émane de circonstances économiques n'est que relativement pertinente. En effet, ils déclarent que : « *la différence ne s'explique guère si l'on se place du seul point de vue de la psychologie de celui qui est victime de la tromperie ou de la violence. Sa volonté est pareillement atteinte dans les deux cas. Elle se justifie en revanche d'un point de vue social, le trouble causé par la violence étant en soi plus dangereux* »⁹⁷³.

1085. Effectivement, peu importe que la violence soit issue de circonstances naturelles ou soit issue de circonstances économiques, celui qui exploite cette peur, cette violence est, en tout état de cause, un individu, et les conséquences sur la victime sont les mêmes : consentement extorqué, et ce, peu importe la nature des circonstances. Cette distinction

⁹⁷¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Ibid*, t.1 : L'acte juridique, p. 213, §224.

⁹⁷² E. JEULAND, *Droit des obligations*, 3^{ème} éd., coll., Focus droit, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2009, p. 242.

⁹⁷³ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2009, p. 254, §246.

n'a qu'un intérêt théorique, très limité qui relève davantage d'une question de classification que d'un avantage pratique.

1086. Ces auteurs entendent par état de nécessité le cas de la violence émanant d'événements, de circonstances extérieures. C'est le cas où un individu exploite « *l'état de nécessité dans lequel se trouve son partenaire, une personne en profite pour lui imposer des conditions particulièrement rigoureuses* »⁹⁷⁴. Il convient de rappeler que ces auteurs entendent par dépendance économique « *la situation de dépendance économique qui peut exister entre deux parties et rendre difficile à l'une la défense de ses intérêts à l'égard de l'autre, lors de la négociation d'un contrat ou de son renouvellement (...)* »⁹⁷⁵.

1087. Aussi, dans un second temps, ils soutiennent l'assimilation de la notion d'état de nécessité à la violence morale⁹⁷⁶ ainsi que celle de l'abus de dépendance économique à la violence morale⁹⁷⁷.

Ainsi, peu importe la distinction entre l'état de nécessité et l'abus de dépendance économique, François TERRE, Yves LEQUETTE et Philippe SIMLER semblent favorables dans les deux cas de figure à une assimilation de ces deux notions à la violence morale afin qu'elle puisse couvrir ces situations de contrainte économique. *De facto*, ces auteurs tendent également à assimiler la contrainte économique à la violence économique.

1088. Donc, soit ces auteurs traitent la contrainte économique à travers la violence économique en assimilant directement la première à la seconde ; soit, ils assimilent indirectement la contrainte économique à la violence économique. Pour ce faire, ils assimilent soit la contrainte économique à la violence morale en considérant qu'il s'agit

⁹⁷⁴ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *op. cit.*, p. 254, §247.

⁹⁷⁵ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Ibid*, p. 256, §248.

⁹⁷⁶ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Ibid*, p. 255, §247 : « *Une autre opinion assimile l'état de nécessité à la violence dès lors que le cocontractant a profité de celui-ci pour obtenir de son partenaire des avantages excessifs. Et, de ce fait, si une telle situation peut être constitutive de violence lorsqu'elle résulte de la menace d'exercer une voie de droit, à plus forte raison devrait-il en aller ainsi lorsqu'elle procède de l'exploitation de la situation désespérée dans laquelle se trouve le cocontractant* ».

⁹⁷⁷ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Ibid*, p. 258 et s., §248.

d'une nouvelle forme de violence contractuelle morale ; soit ils assimilent la contrainte économique à l'état de nécessité ou à l'abus de dépendance économique.

1089. En tout état de cause, la grande partie des membres de la doctrine ont tendance à assimiler la contrainte économique à la violence économique. Cette tendance est critiquable à plusieurs égards. En premier lieu, l'assimilation de la contrainte économique à la violence économique n'est pas légitime car la contrainte économique et la violence économique sont deux notions différentes ayant des domaines d'application différents. La contrainte économique est une notion plus vaste que la violence économique. La violence économique participe de la contrainte économique mais la contrainte économique ne saurait être limitée à la violence économique. La contrainte économique ne peut être définie par la violence économique.

1090. En second lieu, cette assimilation n'est pas opportune. Elle n'a aucun intérêt pratique, pire elle engendre une conséquence perverse. Assimiler ces deux notions revient à réduire le champ d'application de la contrainte économique à celui de la violence économique. Autrement dit, elle fait sortir du champ d'application de la contrainte économique un bon nombre de situations. Ces comportements répréhensibles et punissables au titre de la contrainte économique seront impunis.

Les auteurs assimilant, quasi-systématiquement, la contrainte économique à la violence économique, limitent ainsi automatiquement et considérablement le domaine d'application de la contrainte économique à celui de la violence économique, notion et régime particulièrement rigide dont le domaine d'application est étroit et très limité. Ce qui freine la lutte contre la contrainte économique.

1091. La contrainte économique souffre cruellement de l'absence d'une définition propre. Alors qu'une majorité des membres de la doctrine envisage la contrainte économique à travers la violence économique, une partie de la doctrine assimile la contrainte économique à la notion, très large, d'abus de situation.

2. LA DÉFINITION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE À TRAVERS L'ABUS DE SITUATION

1092. Certaines plumes de la doctrine préfèrent traiter les situations de contrainte économique sous la notion d'abus de situation.

Tel est le cas du Doyen Jean CARBONNIER qui s'interroge quant à la possibilité de rapprocher l'abus de puissance économique à l'abus de situation⁹⁷⁸. Il propose donc d'envisager certaines situations de contrainte économique à travers l'abus de situation.

1093. Certains auteurs sont moins hésitants que le Doyen Jean CARBONNIER et assimilent clairement des situations de contrainte économique à l'abus de situation. C'est le cas des Professeurs Philippe MALINVAUD et Dominique FENOUILLET qui assimilent l'état de nécessité à l'abus de situation et décident, par conséquent, de prendre en compte la contrainte économique sous le coup de l'abus de situation.

Ils déclarent que : « *pour qu'il y ait ici violence, il faut que le contractant ait profité de l'état de nécessité dans lequel se trouvait son partenaire pour obtenir de lui, non pas seulement la conclusion du contrat, mais sa conclusion à des conditions anormales. En bref, c'est l'abus de situation qui se trouve ici sanctionné (...)* »⁹⁷⁹.

1094. Ils assimilent également l'abus de « l'état de dépendance » à l'abus de situation. Ils déclarent : « *qu'il n'y a pas de faute et donc pas de violence, pour un contractant de profiter de la situation de dépendance économique de l'autre partie, mais à la condition de ne pas l'exploiter abusivement. Comme pour l'état de nécessité, c'est donc l'abus de situation qui est sanctionné par la nullité du contrat* »⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ J. CARBONNIER, *Ibid*, vol. 2, p. 1999, §961 : « *Aujourd'hui, l'intérêt s'est déplacé, et l'on s'interroge plutôt sur une extension possible du dol vers la notion d'abus de situation. [...] De l'abus de situation, on peut rapprocher l'abus de la puissance économique dans la loi 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs (...)* ».

⁹⁷⁹ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Ibid*, p. 159, §208.

⁹⁸⁰ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Ibid*, p. 159 et s., §209.

Par conséquent, les Professeurs Philippe MALINVAUD et Dominique FENOUILLET rattachent l'état de nécessité ou l'état de dépendance, qu'ils assimilent respectivement à une nouvelle forme de violence morale et à la violence économique, à l'abus de situation. Ainsi, ils rattachent, indirectement, ces situations de contrainte économique à l'abus de situation.

1095. Cette assimilation entre la contrainte économique et l'abus de situation est bien malheureuse.

Dans un premier temps, cette assimilation n'est pas légitime. Il s'agit de deux notions, de deux régimes qui ont deux domaines d'application bien distincts. La contrainte économique participe de l'abus de situation certes, mais cette dernière est une notion bien plus vaste que la contrainte économique. En effet, son champ d'application est bien plus large que celui de la contrainte économique. L'abus de situation est une notion générale voire générique englobant un nombre important de notions et de régimes.

1096. Par ailleurs, dans un second temps, cette assimilation peut être invalidée en raison de l'inopportunité qu'elle présente. Effectivement, l'abus de situation, étant une notion plus large que celle de la contrainte économique, son domaine d'application est plus large également que celui de la contrainte économique qui a donc un champ d'application plus restreint. Cette assimilation n'est pas souhaitable. La contrainte économique à un domaine d'application bien défini ce qui viendrait à « élargir » le champ d'application de la contrainte économique et donc à sanctionner en tant que contrainte économique la contrainte économique des comportements qui ne le sont pas et qui ne devraient pas être sanctionnés en tant que contrainte économique. Cette assimilation a pour conséquence de fausser ainsi la lutte contre la contrainte économique.

1097. En conclusion, en raison du défaut de définition légale et prétorienne de la contrainte économique, la doctrine a eu la tâche difficile d'offrir une définition de la contrainte économique. Elle semble avoir échoué dans sa mission. En effet, il n'y a aucune définition propre et valable de la contrainte économique issue de la doctrine. Cet

échec s'explique par l'absence de définition autonome de la contrainte économique. En effet, parmi les plumes de la doctrine qui se sont risquées à tenter une définition de la contrainte économique, la grande majorité d'entre elles propose une définition de la contrainte économique à travers d'autres notions telle que la violence économique (par le biais de l'état de nécessité ou de l'état de dépendance) ou l'abus de situation. Aucune de ces deux propositions n'est satisfaisante. La violence économique et l'abus de situation sont illégitimes et inopportuns à connaître de la contrainte économique. La contrainte économique ne saurait être limitée à la violence économique, régime bien trop étroit et la contrainte économique ne peut être traitée par l'abus de situation, notion trop vague et trop floue.

1098. Les auteurs de la doctrine se heurtent non seulement à la difficulté de donner une définition autonome de la contrainte économique mais également à celle de proposer une définition complète de la contrainte économique.

B. L'ABSENCE DE DÉFINITION COMPLÈTE DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1099. L'absence de définition de la contrainte économique s'explique également par le fait que les définitions apportées par les membres de la doctrine sont très souvent incomplètes.

Il peut être reproché à ces définitions deux défauts majeurs qui ruinent toute tentative d'offrir une définition à la contrainte économique.

1100. Le premier vice consiste à offrir des définitions trop restrictives, trop limitées qui n'envisagent qu'une partie de la contrainte économique, faisant fi de certaines conditions

essentielles à la contrainte économique, privant ainsi la contrainte économique d'une bonne partie de son domaine d'application et de sa portée.

Les définitions proposées n'envisagent qu'une partie de la contrainte économique.

Par conséquent, un certain nombre de comportements répréhensibles au titre de la contrainte économique, sortant de son champ d'application, ne seront jamais punis. Ce qui freine considérablement la lutte de la contrainte économique.

1101. En effet, dans un premier temps, la quasi-totalité des définitions n'envisagent la contrainte économique qu'à l'aune des relations contractuelles niant, *de facto*, simplement l'existence des situations de contrainte économique en dehors de tout lien contractuel, comme c'est le cas en droit de la concurrence avec l'abus de position dominante.

1102. En effet, c'est le cas des Professeurs Jacques MESTRE et Bertrand FAGES qui entendent par violence économique « *toute menace d'ordre économique exercée sur une partie lors de la conclusion du contrat* »⁹⁸¹ ou encore « *toute pression d'ordre économique ou pécuniaire exercée sur une partie lors de la formation du contrat* »⁹⁸². Ils proposent une définition de la contrainte économique dans le cadre de relations contractuelles et ce, uniquement au moment de la formation.

1103. Il en a été de même pour le Professeur Daniel MAINGUY qui entend par contrainte économique le cas des situations dans lesquelles « *le cocontractant a profité de circonstances pour imposer des exigences exagérées* »⁹⁸³. Restant très vigilant, il ne propose pas de définition proprement dit de la contrainte économique, toutefois, à la

⁹⁸¹ Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE, B. FAGES, « Violence morale et dépendance économique ».

⁹⁸² Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 169, p. 109, *DeParis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*, *RTD civ.*, 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ».

⁹⁸³ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations*, coll. Cours Magistral, Ellipses, Paris, 2008, p.101 et s., §127.

lecture de son étude, il est évident qu'il limite la contrainte économique strictement aux relations contractuelles.

1104. C'est également le cas à la lecture des définitions proposées⁹⁸⁴ par le Professeur Alain SERIAUX qui limite la contrainte économique aux relations contractuelles. En effet, il fait référence à un « *contrat désavantageux* », à un « *cocontractant* », à « *l'autre partie* ».

1105. Il en est de même pour le Professeur Laurent LEVENEUR qui entend que par contrainte économique, une contrainte qui « *pousse un contractant à accepter de conclure une convention aux conditions léonines, anormalement onéreuses que lui propose son contractant en abusant de la situation* »⁹⁸⁵. Ainsi, il limite la contrainte économique aux relations contractuelles.

1106. Les Professeurs Philippe MALINVAUD et Dominique FENOUILLET déclarent que : « *pour qu'il y ait ici (le cas de l'état de nécessité) violence, il faut que le contractant ait profité de l'état de nécessité dans lequel se trouvait son partenaire pour obtenir de lui, non pas seulement la conclusion du contrat, mais sa conclusion à des conditions anormales* »⁹⁸⁶. Ils font des relations contractuelles le domaine de prédilection de la contrainte économique.

⁹⁸⁴ A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, P.U.F., Paris, 2006, p. 35, §27 : « *l'exploitation abusive de la situation malencontreuse dans laquelle se trouve le **contractant*** » ; Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial » ; *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial » : « *la dépendance économique qui force à accepter **un contrat désavantageux**, dès lors du moins qu'il est constaté que **l'autre partie** s'en est prévalu* » ; A. SERIAUX, *Ibid*, p. 35, §27 : « *l'exploitation, par la personne physique ou morale en position de force sur le plan économique, de la faiblesse de **l'autre partie*** ».

⁹⁸⁵ L. LEVENEUR, *Droit des contrats : 10 ans de jurisprudence commentée 1990-2000 : la pratique en 400 décisions*, coll. Affaires, Finances, Litec, Paris, 2002, p. 39, §23.

⁹⁸⁶ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Ibid*, p. 159, §208.

1107. De même, le Professeur Muriel FABRE-MAGNAN limite la contrainte économique clairement au stade de la formation du contrat. En effet, il considère que : « *la contrainte économique est bien une forme violence, dès lors que l'on admet qu'elle puisse résulter des circonstances ; il y a bien aussi sans doute vice du consentement dès lors qu'on exige que le contractant ait abusé de la situation pour faire conclure un contrat déséquilibré* »⁹⁸⁷.

1108. Les Professeurs François TERRE, Yves LEQUETTE et Philippe SIMLER limitent le domaine d'application de la contrainte économique aux relations contractuelles. Selon eux, la contrainte économique renverrait à la situation où un individu exploite « *l'état de nécessité dans lequel se trouve son partenaire, une personne en profite pour lui imposer des conditions particulièrement rigoureuses* »⁹⁸⁸.

1109. Le Professeur Daniel MAZEAUD semble envisager les situations de contrainte économique qu'à l'aune des relations contractuelles. En effet, il énumère les conditions nécessaires : « *une situation de contrainte économique autrement dit une inégalité contractuelle entre les parties qui découle de la détresse économique, dans laquelle se trouve l'une d'entre elle, et qui se traduit par l'impossibilité pour le contractant économiquement dépendant car fragilisé, de négocier librement le contrat* »⁹⁸⁹, et la seconde étant que « *le contractant dominant doit avoir abusé de la situation de péril à laquelle est conforté son cocontractant, pour en retirer un profit ou un avantage contractuel excessif* »⁹⁹⁰.

1110. Dans un second temps, bon nombre des auteurs se contentent de proposer une définition caractérisant la contrainte économique comme étant de simples

⁹⁸⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, coll. Thémis Droit, P.U.F., Paris, 2008, t.1 : Contrat et engagement unilatéral, p. 335, §139.

⁹⁸⁸ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Ibid*, p. 254, §247.

⁹⁸⁹ D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », *D.*, 2002, p. 2844.

⁹⁹⁰ D. MAZEAUD, *op. cit.*

« pressions »⁹⁹¹, des « pressions d'ordre économique »⁹⁹², voire même des « pressions matérielles ou psychologiques »⁹⁹³ ou également des « menaces pressantes »⁹⁹⁴ ou « menaces d'ordre économique »⁹⁹⁵.

Il est évidemment, réducteur de considérer que la contrainte économique ne peut être saisie qu'à travers la notion de pressions ou de menaces économiques, matérielles ou psychologiques. La contrainte économique ne se définit par des menaces ou des pressions et la qualification d'un comportement en contrainte économique ne se limite pas à la démonstration de pressions. Elle requière la démonstration d'une véritable exploitation abusive, dépassant, les « simples » pressions. La contrainte économique ne serait être limitée à cette conception bien restreinte.

1111. Enfin, dans un troisième temps, la grande majorité des définitions n'envisage et ne couvre qu'une partie des situations de contrainte économique existantes. En effet, très souvent, les auteurs se bornent à envisager la même hypothèse qui consiste à présenter la

⁹⁹¹ Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur », L.P.A.*, 22 novembre 2000, n° 233, p. 18, obs. S. SZAMES, « La violence économique : vice du consentement ? » : Il définit la contrainte économique comme étant « *des pressions pouvant découler de la domination économique d'un des contractants qui exploite de manière abusive la faiblesse corrélative de son partenaire* ».

⁹⁹² Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur », RTD civ.*, 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion » : « *Dire que la contrainte économique se rattache à la violence ne signifie pas certainement pas que toute pression d'ordre économique ou pécuniaire exercée sur une partie lors de la formation du contrat est nécessairement constitutive d'un cas de violence morale. Encore faut-il, on le sait, que cette menace ait été déterminé du consentement de la victime et, surtout, illégitime* ».

⁹⁹³ J. ROVINSKI, *Le vice contractuel de violence dans le droit moderne des contrats*, thèse Aix-en-Provence, 1987, p. 225, n° 133, et p. 387, n° 180 : « *l'exploitation abusive par un contractant dominant d'un état de supériorité intellectuelle lors de la négociation, caractérisée par des pressions matérielles ou psychologiques atteignant le consentement du contraint dans son élément de liberté d'une manière suffisamment forte pour justifier l'annulation du contrat déséquilibré qui en est résulté, générateur d'avantages injustes en faveur du contractant dominant* » ; V. TOULET, *Droit civil : les obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, Paradigme, Orléans, 2007, p. 48.

⁹⁹⁴ L. GRYNBAUM, *Droit civil, les obligations*, 2nd éd., coll. H.U. Droit, Hachette Supérieur, Paris, 2007, p. 68, §150 : A propos de l'arrêt Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, il déclare : « *On retient de cette définition assez obscure de la violence économique qu'elle consiste pour le contractant en une menace pressante dirigée contre sa personne ou sa situation* ».

⁹⁹⁵ Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE, B. FAGES, « Violence morale et dépendance économique » : A propos de l'arrêt Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, ils déclarent : « (...) la Cour de cassation n'a pas l'intention de considérer que toute menace d'ordre économique exercée sur une partie lors de la conclusion du contrat (...) ».

contrainte économique comme étant une situation où une personne, le dominant abuse de sa situation économique favorable pour exploiter la situation économique défavorable d'une autre personne, le dominé, afin de lui imposer des exigences anormales. Or, le domaine d'application de la contrainte économique est plus vaste.

1112. Pour ce faire, certains font référence, pour la situation économique favorable du dominant aux termes de « *puissance économique* »⁹⁹⁶, ou « *domination économique* »⁹⁹⁷ ou encore certains préfèrent mentionner la « *position de force sur le plan économique* »⁹⁹⁸, certains vont même jusqu'à parler d'« *état de supériorité intellectuelle* »⁹⁹⁹ ; l'opposant à la « *la situation économique défavorable* »¹⁰⁰⁰ du dominé, à cet égard certains optent davantage pour le terme de « *dépendance* »

⁹⁹⁶ Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*, *JCP*, 24 janvier 2001, n°4, II, 10461, obs. G. LOISEAU, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ».

⁹⁹⁷ Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*, *L.P.A.*, 22 novembre 2000, n° 233, p. 18, obs. S. SZAMES, « La violence économique : vice du consentement ? » : Il définit la contrainte économique comme étant « *des pressions pouvant découler de la domination économique d'un des contractants qui exploite de manière abusive la faiblesse corrélative de son partenaire* ».

⁹⁹⁸ A. SERIAUX, *Ibid*, p. 35, §27 : « *l'exploitation, par la personne physique ou morale **en position de force sur le plan économique**, de la faiblesse de l'autre partie* ».

⁹⁹⁹ J. ROVINSKI, *op. cit.*, p. 225, n° 133, et p. 387, n° 180 : « *l'exploitation abusive par un contractant dominant d'un état de supériorité intellectuelle lors de la négociation, caractérisée par des pressions matérielles ou psychologiques atteignant le consentement du contractant dans son élément de liberté d'une manière suffisamment forte pour justifier l'annulation du contrat déséquilibré qui en est résulté, générateur d'avantages injustes en faveur du contractant dominant* ».

¹⁰⁰⁰ Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*, *JCP*, 24 janvier 2001, n°4, II, 10461, obs. G. LOISEAU, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ».

économique »¹⁰⁰¹, d'autres préfèrent le terme d'exploitation d'un « état de nécessité »¹⁰⁰² ou encore celui de « contractant économiquement dépendant »¹⁰⁰³.

1113. Le champ d'application de la contrainte économique est très divers. Or, ces définitions se bornent uniquement à certaines hypothèses qui ne sauraient prendre en compte et traiter intégralement la contrainte économique. On comprend, donc, aisément que ces définitions ne soient pas satisfaisantes.

1114. En somme, les rares définitions proposées par les membres de la doctrine sont décevantes car elles sont incomplètes. Lesdites définitions révèlent la vision très restrictive qu'ont les auteurs de la contrainte économique. Effectivement, certaines conditions essentielles à la contrainte économique sont absentes des définitions proposées et seules certaines hypothèses de contrainte économique sont envisagées. Ce qui a pour conséquence de faire sortir du champ d'application de la contrainte économique des situations, qui sont par nature, des situations de contrainte économique qui ne seront pas

¹⁰⁰¹ A. SERIAUX, *Ibid*, p. 35, §27 ; Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial » ; *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial » : « **la dépendance économique** qui force à accepter un contrat désavantageux, dès lors du moins qu'il est constaté que l'autre partie s'en est prévalu » ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 3^{ème} éd., coll. Manuel, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 125, §115 : une situation qui « vise à altérer la liberté de contracter d'une personne placée en **situation de dépendance économique** ou de détresse sociale » ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STUFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd., coll. Droit civil, Defrénois-Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 259, §518 : Ils définissent la contrainte économique illégitime comme étant « l'exploitation abusive **d'une dépendance économique** constitue une violence, vice du consentement, si deux conditions sont réunies, qu'il y a eu exploitation de la dépendance économique, afin d'obtenir un avantage indu » ; F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2009, p. 256, §248.

¹⁰⁰² L. LEVENEUR, *Droit des contrats : 10 ans de jurisprudence commentée 1990-2000 : la pratique en 400 décisions*, coll. Affaires, Finances, Litec, Paris, 2002, p. 38, §23 ; C. LACHIEZE, *Droit des contrats*, 3^{ème} éd., coll. Mise au point, Ellipses, Paris, 2012, p. 93, §202 ; F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *op. cit.*, p. 254, §247 : Selon ces auteurs, il s'agirait de la situation où un individu exploite « **l'état de nécessité** dans lequel se trouve son partenaire, une personne en profite pour lui imposer des conditions particulièrement rigoureuses ».

¹⁰⁰³ D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », *D.*, 2002, p. 2844 : il déclare que deux conditions doivent être réunies pour qualifier une violence économique : « une situation de contrainte économique autrement dit une inégalité contractuelle entre les parties qui découle de la détresse économique, dans laquelle se trouve l'une d'entre elle, et qui se traduit par l'impossibilité pour le contractant économiquement dépendant car fragilisé, de négocier librement le contrat », et la seconde étant que « le contractant dominant doit avoir abusé de la situation de péril à laquelle est conforté son cocontractant, pour en retirer un profit ou un avantage contractuel excessif ».

qualifiées comme telles. Donc, ces comportements qui auraient été répréhensibles au titre de la contrainte économique ne seront pas punis en tant que contrainte économique. En effet, cela a pour conséquence de freiner considérablement la lutte contre la contrainte économique.

Ces définitions portent en leur sein un second vice les rendant inacceptables.

Celui d'avoir recours à des notions ou à des termes beaucoup trop généraux, insuffisamment précis, n'offrant aucune lisibilité et intelligibilité supplémentaire quant à la compréhension de la notion de contrainte économique.

1115. Le second reproche qui peut être fait à ces définitions est de faire appel à des termes, à des notions trop vagues, trop générales des notions « fourre-tout », n'offrant presque aucune indication et précision quant à la notion de la contrainte économique. Ce qui rend sa compréhension et sa lecture toujours plus opaque.

En effet, certains auteurs ont recours à des termes bien trop génériques pour décrire les hypothèses de contrainte économique.

Ainsi, certains auteurs ont recours aux termes de « *détresse sociale* »¹⁰⁰⁴, de « *situation de détresse économique* »¹⁰⁰⁵, d'autres vont même jusqu'à faire référence à la « *situation malencontreuse* »¹⁰⁰⁶ ou « *situation de péril* »¹⁰⁰⁷ pour parler de la situation du dominé. S'agissant de la situation du dominant, certains préfèrent parler d'« *état de supériorité* »¹⁰⁰⁸.

1116. De même, afin de dépeindre les hypothèses de contrainte économique et la relation complexe de la personne dominante avec le dominé, certains auteurs font uniquement

¹⁰⁰⁴ B. FAGES, *op. cit.*, p. 125, §115 : une situation qui « vise à altérer la liberté de contracter d'une personne placée en situation de dépendance économique ou de **détresse sociale** ».

¹⁰⁰⁵ D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », *D.*, 2002, p. 2844.

¹⁰⁰⁶ A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, P.U.F., Paris, 2006, p. 35, §27.

¹⁰⁰⁷ D. MAZEAUD, *op. cit.*

¹⁰⁰⁸ V. TOULET, *Droit civil : les obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, Paradigme, Orléans, 2007, p. 48.

référence à des « *circonstances socio-économique* »¹⁰⁰⁹ ou encore à des « *événements extérieurs* »¹⁰¹⁰. D'autres se contentent de parler, simplement et uniquement, de « *circonstances* »¹⁰¹¹ ou de « *situation* »¹⁰¹² !

1117. Enfin dans l'optique de décrire la contrainte pesant sur le dominé autrement dit, l'exploitation abusive, certains auteurs parlent de « *pressions des circonstances* »¹⁰¹³, d'autres préfèrent faire référence au verbe « *s'en prévaloir* »¹⁰¹⁴.

1118. Ainsi, les termes employés sont beaucoup trop généraux, ils n'apportent aucune indication et aucune précision quant à la définition de la notion de contrainte économique.

Par conséquent, ces définitions participent à rendre la notion de contrainte économique plus opaque et moins compréhensible. Bien au contraire, à la lecture de certaines de ces

¹⁰⁰⁹ Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial ».

¹⁰¹⁰ F. MELIN, *Droit des obligations*, coll. Systèmes, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 91, §130 : « *l'un des contractants profité des événements extérieurs (par exemple, de la situation périlleuse dans laquelle se trouve l'autre contractant) pour imposer des conditions qui sont en tant que telles inadmissibles. Il ne fait ainsi que profiter de l'état de nécessité dans lequel se trouve l'autre. [...] on considère généralement que même si la contrainte provient d'événements extérieurs, il y a violence lorsque le contractant abuse de la situation pour obtenir des avantages excessifs* ».

¹⁰¹¹ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations*, coll. Cours Magistral, Ellipses, Paris, 2008, p.101 et s., §127 : qui entend par contrainte économique le cas des situations dans lesquelles « *le cocontractant a profité de circonstances pour imposer des exigences exagérées* ». Bien que ne proposant pas de définition de la contrainte économique, toutefois, à la lecture de son étude, on note aisément qu'il tend à limiter la contrainte économique strictement aux relations contractuelles ; J. FLOUR, J.-L.AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, 15^{ème} éd., coll. Sirey Université, série Droit Privé, Sirey, Paris, 2012, t.1 : L'acte juridique, p. 214, §224 : « *l'assimilation de l'état de nécessité à la violence doit être posée comme une règle générale, mais seulement lorsque le cocontractant a profité des circonstances pour stipuler des conditions abusivement favorables* ».

¹⁰¹² L. GRYNBAUM, *Droit civil, les obligations*, 2nd éd., coll. H.U. Droit, Hachette Supérieur, Paris, 2007, p. 68, §150 : « *pour le contractant en une menace pressante dirigée contre sa personne ou sa situation* ».

¹⁰¹³ J. FLOUR, J.-L.AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, t.1 : L'acte juridique, p. 213, §224 : « *le consentement est arraché sous la pression des circonstances, qui ne sont assurément pas le fait du cocontractant (...)* ».

¹⁰¹⁴ A. SERIAUX, *Ibid*, p. 35, §27 ; Civ. 1^{re}, n° 00-12.932, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial » ; *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial » : « *la dépendance économique qui force à accepter un contrat désavantageux, dès lors du moins qu'il est constaté que l'autre partie s'en est prévalu* ».

définitions on pourrait penser que la contrainte économique est une notion « fourre-tout » !

Ce défaut expose le mal considérable que la doctrine rencontre à cerner la notion de contrainte économique et révèle son incapacité à donner une définition valable de la contrainte économique.

La notion de contrainte économique est « orpheline ». Elle n'a pas de régime commun ou de définition propre.

1119. D'ailleurs, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire ont laissé à la doctrine le soin d'offrir une définition à la contrainte économique. Seules certaines plumes de la doctrine ont tenté de relever cette mission. Toutefois, les rares définitions proposées par ces dernières sont irrecevables. En effet, la grande partie des auteurs de la doctrine ont défini la contrainte économique par le biais d'autres notions telles que la violence économique et l'abus de situation. L'assimilation entre la contrainte économique et ces notions à la fâcheuse conséquence d'altérer le domaine d'application de la contrainte économique, freinant, ainsi, grandement la lutte contre la contrainte économique. En somme, la contrainte économique ne dispose pas de définition autonome c'est-à-dire propre à la contrainte économique indépendamment de toute autres notions.

1120. L'absence de définition propre de la contrainte économique en Droit français n'explique pas à elle seule, l'échec de la doctrine à offrir à la contrainte économique une définition.

En effet, les définitions données par les membres de la doctrine présentent une vision trop restrictive de la notion de la contrainte économique. En effet, les auteurs n'envisagent qu'une petite partie des hypothèses de la contrainte économique à travers les définitions proposées. De fait, un nombre important de situations et de comportements répréhensibles ne sont même pas envisagés au titre de la contrainte économique, amputant la contrainte économique d'une partie de son propre domaine d'application et freinant, ainsi, à nouveau, la lutte contre la contrainte économique.

1121. Par ailleurs, ces définitions présentent également le défaut de recourir à des termes bien trop généraux rendant d'autant plus opaque la compréhension de la notion de la contrainte économique.

Autrement dit, en raison de l'absence de définition autonome et complètes de la contrainte économique et eu égard aux conséquences néfastes qu'elles engendrent. Ces définitions renvoient à une vision erronée de la notion de contrainte économique. Elles sont, par conséquent, inacceptables.

1122. En conclusion, le constat peut être dressé à l'issue de cette analyse est l'absence totale de définition de la contrainte économique en Droit. En effet, aujourd'hui, il peut être affirmé aisément que le système juridique français et la doctrine n'offrent aucune définition de la contrainte économique. Il conviendra donc de tenter d'offrir une définition propre, complète et autonome à la notion de contrainte économique.

PARAGRAPHE II. TENTATIVE DE DÉFINITION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1123. Ainsi, la contrainte économique souffre de l'absence d'une définition. En effet, il n'y a ni de définition législative ni de définition prétorienne de la contrainte économique. Par ailleurs, les tentatives de la doctrine d'offrir à la contrainte économique une définition se sont avérées infructueuses.

Aussi, au regard de l'étude des régimes traitant de la contrainte économique et eu égard au régime commun de la notion de contrainte économique, il convient de proposer une définition de la contrainte économique.

1124. C'est le cas où une personne donne son consentement. Pourtant, il s'agit d'un consentement vicié car la volonté sur laquelle réside le consentement n'est pas libre. Le contractant n'a pas le choix de ne pas contracter. En effet, la contrainte économique altère le comportement économique de la victime en portant atteinte soit à la dimension volitive, soit à la dimension réflexive de son consentement.

1125. La contrainte économique peut se définir, de manière très détaillée, de la manière suivante.

1126. Il y a contrainte économique quand une personne, le dominant, auteur de la contrainte économique, exploite abusivement le déséquilibre structurel qui caractérise sa relation, contractuelle ou concurrentielle, avec une autre personne, le dominé, victime de la contrainte économique, en tirant profit, plus précisément, soit de sa situation de domination, autrement dit de son avantage structurel qui s'exprime par une puissance économique (c'est-à-dire une puissance d'achat ou une puissance de vente, ou par une position dominante) ; soit de la situation de faiblesse corrélative ou du désavantage structurel corrélatif du dominé qui peut s'exprimer, soit par une faiblesse purement économique (c'est-à-dire une situation de dépendance économique, de faiblesse économique), soit par une faiblesse non-économique, intrinsèque (tel qu'un handicap physique ou mental, un état de maladie, l'illettrisme, l'âge, la maladie, l'infirmité, une déficience physique ou mentale, et même l'état de grossesse) ou extrinsèque (c'est-à-dire une situation d'urgence ou lorsque la personne souffre de sujétions psychologiques ou physique résultant de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement), en vue de dicter le comportement économique de cette dernière lui ordonnant de donner, de faire, ou de pas faire quelque chose qui est contraire à son intérêt économique afin de, soit la pousser, dans le cas d'une relation contractuelle, à réaliser un acte, un engagement ou une abstention qu'elle n'aurait pas passé en temps normal ou à accepter des conditions désavantageuses, discriminatoires, injustifiées, sans contrepartie, excessives, soit dans le cas d'une relation concurrentielle, afin de l'empêcher d'entrer sur un marché, d'obtenir son éviction d'un marché, de la rendre plus dépendante, ou enfin de renforcer sa position dominante, en détournant une part de ses parts de marché.

Et que cette dernière accepte de donner, de faire, ou de ne pas faire car soit elle n'a pas le choix, à moins de s'exposer à un mal plus grave, affectant ainsi, la dimension volitive de son consentement, soit car elle ne comprend pas vraiment que le comportement dicté par l'auteur est préjudiciable pour elle, ne détenant pas le jugement nécessaire pour comprendre la portée de ses engagements, affectant ainsi la dimension réflexive de son consentement.

1127. Plus succinctement, la contrainte économique se définit comme étant la situation dans laquelle une personne, le dominant, auteur de la contrainte économique, abuse de son avantage structurel afin de dicter le comportement économique d'une autre personne, le dominé, victime de la contrainte économique, de donner de faire ou de pas faire quelque chose qui est contraire à son intérêt économique. Cette dernière accepte de donner, de faire, ou de ne pas faire car soit elle n'a pas le choix, à moins de s'exposer à un mal plus grave, affectant ainsi, la dimension volitive de son consentement, soit car elle ne comprend pas vraiment que le comportement forcé par l'auteur est préjudiciable pour elle, ne détenant pas le jugement nécessaire pour comprendre la portée de ses engagements, affectant ainsi la dimension réflexive de son consentement.

1128. Dit très succinctement, la contrainte économique se définit comme étant l'exploitation abusive d'un déséquilibre structurel. C'est ainsi qu'elle sera définie tout au long de la présente étude.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

1129. Malgré l'importance et l'urgence de saisir les situations de contrainte économique portant atteinte à l'intégrité du consentement de la victime, le traitement de la contrainte économique est un échec car ces régimes sont très peu sollicités en pratique et les rares fois où ils sont sollicités, les justiciables n'en retirent pas une totale satisfaction. Force est alors de constater que la réception de la contrainte économique est un échec.

1130. Pour appréhender correctement et efficacement les abus de déséquilibre structurel, comprendre les raisons de l'échec de la réception de la contrainte économique par le Droit et y apporter des solutions, l'étude, en amont, de la notion de contrainte économique est essentielle. Effectivement, l'absence d'un référentiel quant à la notion de contrainte économique nuit grandement à la cohérence du traitement de la contrainte économique.

Or, au terme de l'étude menée sur la notion de contrainte économique, il ressort clairement que la notion de contrainte économique est une notion orpheline. Elle est dépourvue d'identité.

1131. C'est une notion morcelée à travers les branches du Droit concernées par la contrainte économique (droit de la concurrence, droit de la consommation, droit pénal des affaires, droit civil) et à travers les régimes juridiques traitant des abus de déséquilibre structurel (violence économique, abus de dépendance économique, abus de position dominante, abus de faiblesse et abus de vulnérabilité). Ce qui rend la compréhension de la notion de contrainte économique compliquée.

1132. Il ressort également de l'étude que la notion de contrainte économique est entourée de nombreuses interrogations.

1133. L'une des raisons principales de l'échec du traitement de la contrainte économique s'explique par le fait que la notion de contrainte économique reste méconnue de la communauté juridique.

Alors même que la notion de contrainte économique est particulièrement appréhendée par le Droit, elle n'en demeure pas moins une notion inconnue. Effectivement, la notion de contrainte économique souffre de l'absence d'un régime commun et d'une définition propre. Aussi, il est essentiel d'établir une théorie de la notion de contrainte économique pour identifier les raisons de l'échec du traitement et apporter les solutions adéquates.

1134. Depuis vingt-trois siècles, les juristes traitent la contrainte économique sans réellement pouvoir définir et déterminer avec précision la notion de contrainte économique. Au cours de ces derniers siècles, la notion de contrainte économique a fait l'objet d'une évolution lente et compliquée.

La contrainte économique a évolué et s'est répandue dans une bonne partie de la sphère juridique de manière incohérente et complètement morcelée rendant l'approche de la notion de contrainte économique et la détermination de toute théorie relative à la notion de contrainte économique quelque peu difficile.

1135. Ainsi, le Droit romain prônait une nature purement délictuelle du *metus causa*. Peu à peu le règne de la conception délictuelle est menacé par l'émergence des données psychologiques. Alors que le Moyen-Age s'enlise par une position ambiguë, l'époque moderne et l'ancien régime se caractérise par une hésitation entre la conception délictuelle et la conception contractuelle symptomatique de l'influence grandissante des données psychologiques et du poids de la conception contractuelle. C'est grâce au couronnement du consensualisme, nouveau mode de création des rapports contractuels, qui place l'Homme, sa liberté et sa volonté et donc son consentement au coeur des préoccupations que l'analyse psychologique et la conception contractuelle de la crainte sont consacrées sous la période révolutionnaire. La contrainte s'inscrit alors dans une approche protectrice et curative.

1136. La réception de la contrainte économique au sein du droit civil depuis 1804 a été particulièrement pénible. Les nombreuses voix de la doctrine s'élèvent pour une évolution du vice traditionnel de violence plaident pour la prise en compte de l'exploitation abusive de l'état de nécessité et de dépendance économique au titre de la violence morale. Le but étant d'être toujours plus proche de la réalité afin de mieux sanctionner la contrainte économique.

1137. Contrairement à la position traditionnelle et sous l'impulsion de cette prise de position novatrice d'une partie de la doctrine, les magistrats portés par cette volonté de réformer le régime traditionnel de violence ont accepté de traiter l'exploitation abusive d'un état de nécessité ou de dépendance économique au titre de la violence morale. Les avancées des données psychologiques ont donc poussé les magistrats à traiter les violences issues de circonstances extérieures et économiques au titre de la violence morale.

1138. Parallèlement, les limites du capitalisme effréné sont vite apparues. Les dérives du capitalisme ont conduit à l'émergence et l'explosion des contrats déséquilibrés, écrans favorables au développement des abus de déséquilibre structurel et donc à la prolifération de la contrainte économique. C'est ainsi que la contrainte économique trouve au sein des droits spéciaux un terrain favorable à sa profusion. Le jeu de la concurrence cristallise les rapports de forces. La prolifération de la contrainte économique s'est faite concomitamment à la spécialisation du Droit. La contrainte économique s'est d'abord exprimée au sein du droit de la concurrence. Elle a trouvé dans les abus de domination en droit de la concurrence un nouveau refuge où s'exprimer. Puis, elle a pris d'assaut le droit de la consommation et le droit pénal des affaires et s'est exprimée par les abus de faiblesse et de vulnérabilité.

1139. Poussés par le dynamisme des avancées toujours plus significatives des données psychologiques par la nécessité d'apporter des solutions plus pertinentes aux dérives du libéralisme économique par un contexte juridique ébranlé par la question du traitement

des violences issues de circonstances extérieures. Les Hauts magistrats consacrent la violence économique dans un célèbre arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 30 mai 2000¹⁰¹⁵.

1140. L'ordonnance du 10 février 2016 reconnaît le régime de violence économique¹⁰¹⁶. La consécration est constante vis-à-vis du régime prétorien. Or, le régime prétorien de la violence économique est déjà largement imparfait, lacunaire et inefficace. Le traitement de la contrainte économique au titre du régime légal de violence économique est, par conséquent, une grande déception.

Toutefois, l'évolution de la notion de la contrainte économique est loin d'être finie. Encore aujourd'hui, la contrainte économique est traitée de manière indirecte au titre d'autres notions et d'autres régimes. Il n'y a pas toujours pas de régime propre à la contrainte économique. La notion de contrainte économique souffre d'un manque de clairvoyance et de cohérence.

1141. Ainsi, la contrainte économique gangrène et menace plusieurs branches du Droit, les rapports entre professionnels et les rapports entre particuliers sans qualité déterminée ainsi que les rapports entre professionnels et consommateurs. La contrainte économique étant appréhendée au titre du droit civil et des droits spéciaux ayant chacun leur spécificité et leur particularisme cela brouille la compréhension de la notion de contrainte économique. La diversité et la disparité de ces régimes expliquent aussi en partie la difficulté de définir la notion de la contrainte économique et explique qu'elle soit dépourvue d'identité propre.

Au vu de cette prolifération et de la multiplication des régimes traitant de la contrainte économique, il est légitime de s'interroger sur la notion de contrainte économique. Les juristes ont tenté, depuis plusieurs siècles, de saisir sans succès la notion de contrainte

¹⁰¹⁵ Civ. 1^{re}, n° 98-15.242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 169, p. 109, *DeParis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*.

¹⁰¹⁶ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35 (art. 2) codifié à l'art. 1143 du C. civ.

économique. Elle reste encore aujourd'hui une véritable énigme pour la communauté juridique.

1142. La notion de contrainte économique est dépourvue d'identité. Or, la méconnaissance de la notion de contrainte économique a une incidence sur la réception de la contrainte économique.

Effectivement, la notion de contrainte économique souffre de l'absence d'un régime commun et d'une définition propre. Ce qui explique en partie l'échec de la réception de la notion de contrainte économique.

1143. La détermination d'un régime commun à la notion de contrainte économique et d'une définition propre requière de déterminer entre autres la finalité de la lutte contre la contrainte économique et les éléments composants la contrainte économique.

1144. D'abord, il convient de souligner que la notion de la contrainte économique présente des caractéristiques particulières. Effectivement, la contrainte économique fait l'objet d'un traitement très hétéroclite.

C'est une notion très contextuelle. Elle couvre un nombre de situations très diverses (relations contractuelles et concurrentielles ; rapports entre particuliers, rapports entre professionnels, rapports entre professionnel/consommateur ; les personnes morales/les personnes physiques ; faiblesse ou domination de nature économique et non-économique, intrinsèque ou extrinsèque). Il est impératif que la définition et le régime commun de la notion de contrainte économique fassent preuve de pragmatisme et de flexibilité pour répondre à la rigidité du droit civil, à la polyvalence du droit de la concurrence, et à la spécificité du droit de la consommation et du droit pénal des affaires.

1145. Malgré la grande hétérogénéité des régimes traitant de la contrainte économique et les finalités prêtées à ces régimes une finalité commune peut être déterminée : la lutte

contre la contrainte économique, autrement dit, la protection de l'intégrité du consentement de la victime.

La lutte contre la contrainte économique permet de protéger les plus faibles face aux plus forts qui tentent d'imposer de dicter le comportement économique de ces-derniers, de les rendre tributaires, voire même de menacer leur présence sur le marché ou leur existence économique en abusant du déséquilibre structurel qui caractérise leur relation. La contrainte économique dicte le comportement économique et, *a fortiori*, juridique de la victime en altérant soit la dimension volitive soit la dimension réflexive du consentement de la victime.

1146. En définitive, la lutte contre la contrainte économique sanctionne l'exploitation abusive d'une situation de déséquilibre structurel et permet ainsi la protection de l'intégrité du consentement de la victime mise à mal dans sa dimension volitive et/ou réflexive.

La contrainte économique vice le consentement de la victime soit dans sa dimension volitive soit dans sa dimension réflexive. La nature de cette atteinte dépend de la nature de la faiblesse et de la qualité de la victime. Effectivement, l'exploitation abusive d'une faiblesse économique porte atteinte à la dimension volitive du consentement. L'exploitation abusive d'une faiblesse intrinsèque porte atteinte à l'aspect intellectuel du consentement. L'exploitation d'une faiblesse extrinsèque porte atteinte à l'aspect volitif et/ou intellectuel du consentement.

1147. Ainsi, la fonction de la lutte contre la contrainte économique est la protection de l'intégrité du consentement de la victime, l'indemnisation de son préjudice et la sanction efficace du comportement de l'auteur afin d'éviter toute récidive.

1148. Malgré l'importance primordiale que représente la finalité poursuivie par la lutte contre la contrainte économique, certains juristes remettent en cause la légitimité du Droit à connaître de la contrainte économique. Effectivement, le libéralisme juridique rejette de

manière non équivoque la réception de la contrainte économique par le Droit. Tandis que le solidarisme contractuel encourage fortement le Droit à connaître des situations de contrainte économique.

En l'état, aucun des deux courants de pensées n'apporte de réponse satisfaisante quant à la légitimité de la réception de la contrainte économique par le Droit. Ils reposent sur des postulats erronés mais tendent à protéger tous deux des impératifs juridiques.

L'émergence des contrats déséquilibrés rend le droit des contrats obsolète car il est désarmé face aux évolutions de la pratique contractuelle. Contrairement à ce que déclare le libéralisme juridique, le contrat devient l'expression et la mise en oeuvre d'une profonde injustice car il repose plus sur une volonté et une liberté libre et éclairée.

1149. Contrairement à ce que souhaite le solidarisme contractuel qui protège la justice contractuelle, il est impossible de traiter tous les déséquilibres structurels ou contractuels sans risquer de porter une atteinte grave, injustifiée et disproportionnée à la liberté contractuelle, la force obligatoire des contrats et le respect de la parole donnée et de vider la matière contractuelle de son essence (liberté contractuelle, liberté de contracter, de choisir son partenaire, de contracter aux termes souhaités, force obligatoire des contrats...).

1150. Seule l'articulation entre les deux courants doctrinaux permet d'assurer le respect de chacun des impératifs juridiques tout en légitimant la réception de la contrainte économique. Seule la conciliation entre le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel permet le respect de la sécurité juridique, de la liberté contractuelle et de la justice contractuelle. La réception de la contrainte économique par le Droit s'avère alors être est le fruit d'une nécessaire conciliation entre ces deux courants doctrinaux.

1151. Bien que la contrainte économique soit une notion très contextuelle et qu'elle soit caractérisée par une disparité des situations, un socle commun de conditions essentielles à la caractérisation d'une situation de contrainte économique est identifiable.

1152. La notion de contrainte économique est composée d'un élément psychologique qui est le déséquilibre structurel c'est-à-dire la configuration structurelle des parties au contrat.

Le déséquilibre structurel vise également la situation individuelle des parties car il place les parties dans un certain état d'esprit, notamment la victime qui est fragilisée et vulnérable aux sollicitations extérieures par sa situation de faiblesse. Le déséquilibre structurel s'illustre par un rapport de force inégal c'est-à-dire par soit une domination purement économique (puissance économique (puissance d'achat et puissance de vente), position dominante, faiblesse économique, dépendance économique) soit une domination non-économique (faiblesse ou vulnérabilité, intrinsèque ou extrinsèque).

1153. La caractérisation d'une situation de contrainte économique nécessite, par ailleurs, l'existence d'un élément intentionnel c'est-à-dire l'intention délictuelle et de plusieurs éléments matériels que sont l'abus, le résultat et le lien de causalité.

1154. L'abus est la condition comportementale essentielle à la qualification de la contrainte économique. L'abus de la contrainte économique est un abus de fait et non de droit. La contrainte économique nécessite également la démonstration d'un résultat. Cette condition requière que l'exploitation abusive d'une situation de puissance économique ou de faiblesse ait poussé la victime à passer un acte ou une abstention qu'elle n'aurait pas accepter en temps normal c'est-à-dire en dehors de toute contrainte économique. Il faut également démontrer l'existence d'un lien de cause à effet entre le déséquilibre structurel et l'abus.

1155. Malgré ces éléments du régime commun, la notion de contrainte économique est particulièrement difficile à cerner. Aucune définition légale ou prétorienne de la contrainte économique n'existe. Or, les tentatives de la doctrine d'offrir une définition à la notion de contrainte économique se sont avérées infructueuses.

1156. Effectivement, les définitions offertes par les juristes consacrent bon nombre d'ambiguïtés et de confusions.

Le plus souvent les juristes confondent la notion de contrainte économique avec les notions périphériques. Elle est principalement confondue soit avec le déséquilibre structurel qui l'une des causes d'une situation de contrainte économique soit avec le déséquilibre contractuel qui peut être la conséquence d'une situation de contrainte économique. Parfois même, les juristes confondent la contrainte économique avec la violence économique ou l'abus de situation. Ainsi, les rares plumes de la doctrine ayant tenté de définir la contrainte économique ont offert une définition indirecte, erronée ou incomplète.

1157. Les enseignements tirés de l'évolution la notion de contrainte économique et du régime commun permettent d'offrir une définition propre à la notion de contrainte économique.

1158. Aussi, il y a contrainte économique, quand une personne, le dominant, auteur de la contrainte économique, abuse de son avantage structurel afin de dicter le comportement économique d'une autre personne, le dominé, victime de la contrainte économique, de donner de faire ou de pas faire quelque chose qui est contraire à son intérêt économique ; que cette dernière accepte de donner, de faire, ou de ne pas faire car soit elle n'a pas le choix, à moins de s'exposer à un mal plus grave, affectant ainsi, la dimension volitive de son consentement, soit car elle ne comprend pas vraiment que le comportement forcé par l'auteur est préjudiciable pour elle, ne détenant pas le jugement nécessaire pour comprendre la portée de ses engagements, affectant ainsi la dimension réflexive de son consentement.

1159. En définitive, la contrainte économique se définit comme étant l'exploitation abusive d'un déséquilibre structurel.

1160. Après avoir offert une théorie générale à la notion de contrainte économique, il impératif de comprendre les raisons de cet échec c'est-à-dire les maux qui affectent le traitement de la contrainte économique pour mieux repenser le traitement des abus de déséquilibre structurel. Pour ce faire, il sera impératif d'apporter des aménagements profonds pour une réception cohérente et efficace de la contrainte économique par le Droit.

PARTIE II. LE RÉGIME DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE : UN RÉGIME INOPÉRANT

1161. Après avoir établi le régime commun à la notion de la contrainte économique et dans l'optique d'identifier et de comprendre les raisons de l'échec du traitement actuel de la contrainte économique afin d'apporter une réponse efficace, il faut procéder à une analyse en profondeur des différents régimes traitant des abus de déséquilibre structurel.

1162. Or, cette étude transversale met en exergue les maux affectant le traitement de la contrainte économique par le Droit. A l'issue de cette étude, il ressort que la réception de la contrainte économique organisée par le Droit est rongée par un mal mais que ce mal est curable. En effet, le régime de la contrainte économique est inopérant.

1163. La contrainte économique souffre d'une réception manquée aussi bien par le droit positif que par le droit progressif¹⁰¹⁷ (Titre I).

Le droit positif met en place un traitement incohérent et inefficace de la contrainte économique en raison du choix discutable des conditions et des sanctions des régimes traitant de la contrainte économique.

Le droit progressif tombe dans les mêmes écueils que le droit positif. Il réitère les mêmes erreurs et les mêmes manquements par le Droit. Refusant de trancher avec le droit positif, il se fait fidèle héritier du droit positif en reproduisant un traitement mais très proche de celui du droit positif. Aussi, le traitement malheureux de la contrainte économique par le droit progressif est dû, d'une part, au choix navrant d'une réception indirecte de la contrainte économique au titre d'instruments qui sont complètement inadaptés à connaître

¹⁰¹⁷ Le terme « droit progressif » renvoie à toutes les forces de proposition relatives à la réforme du droit des contrats (en droit interne et en droit européen). Notion empruntée à Jean Servais Nypels (Le droit pénal français - progressif et comparé).

des abus de déséquilibre structurel ; et d'autre part, au choix de régimes traitant de la contrainte économique.

1164. Toutefois, l'étude des différents régimes traitant de la contrainte économique met également en lumière que cette réception manquée de la contrainte économique par le Droit peut être réformée et améliorée. Pour que la réception de la contrainte économique soit à la hauteur du défi que représente la contrainte économique, il faut repenser en entier et en profondeur la réception de la contrainte économique. Pour assainir et soulager le traitement actuel de la contrainte économique des maux dont il souffre, il faut prescrire des remèdes qui sont indispensables pour une réception efficace et cohérente de la contrainte économique (Titre II).

TITRE I. UNE RÉCEPTION MANQUÉE DE LA CONTRAINTÉ ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT

1165. Le Droit n'a définitivement pas été à la hauteur de la menace que représente la contrainte économique. La réception organisée par le Droit conjugue plusieurs lacunes et erreurs. Cette réception manquée concerne aussi bien le droit positif que le droit progressif.

1166. Effectivement, le droit positif met en place un traitement discutable et plus que perfectible de la contrainte économique en raison de conditions inadaptées et de sanctions inefficaces (Chapitre I).

Le droit positif fait le choix de conditions inadaptées aux particularités de la contrainte économique. Les régimes connaissant de la contrainte économique requièrent la démonstration de conditions qui sont inutiles pour la caractérisation d'une situation de contrainte économique et qui sont un frein à la lutte contre la contrainte économique. Ces conditions limitent grandement la prise en compte des situations de contrainte économique.

1167. Le droit positif fait le choix également de sanctions inefficaces pour la contrainte économique. Les régimes actuels sanctionnant la contrainte économique prévoient comme structure répréhensible le recours à des sanctions particulières qui portent en leur sein le particularisme des droits spéciaux. Par ailleurs, elles paraissent, en théorie, soit tantôt trop sévères soit tantôt trop clémentes mais qui en tout état de cause se révèlent être, en pratique, inefficaces car elles ne sont pas suffisamment dissuasives.

1168. L'incapacité de prendre en compte correctement la contrainte économique ne concerne malheureusement pas que le droit positif mais également le droit progressif. Le

droit progressif n'est définitivement pas une source d'espoir qui aurait pu permettre de corriger le traitement actuel de la contrainte économique.

Bien au contraire, au lieu de trancher avec le droit positif, le droit progressif est un relais du droit positif. Ainsi, le droit progressif met en place une réception bien malheureuse de la contrainte économique (Chapitre II). En effet, il fait le choix d'une réception indirecte au titre d'instruments déplorable pour traiter de la contrainte économique et de régimes (conditions et sanctions) qui nécessitent grandement d'être corrigés en profondeur afin d'offrir à la contrainte économique la réception que les victimes des abus de déséquilibre structurel méritent.

CHAPITRE I. UN TRAITEMENT INCOHÉRENT ET INEFFICACE DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT POSITIF

1169. Le constat relatif à la réception de la contrainte économique dressé précédemment met en lumière que les régimes traitant de la contrainte économique ne sont pas vraiment sollicités et les rares fois où ils sont sollicités, ils n'offrent pas une complète satisfaction. Force est de constater l'échec de ces régimes à sanctionner efficacement la contrainte économique.

1170. Or, pour comprendre les raisons de l'échec du traitement de la contrainte économique, il faut nécessairement s'attarder sur le traitement de la contrainte économique dans le droit positif. Aussi, il ressort de l'étude des régimes traitant de la contrainte économique que les maux du traitement actuel de la contrainte économique sont dus au choix de conditions et de sanctions particulièrement malheureuses.

1171. Effectivement, le législateur a fait le choix de conditions inutiles à la caractérisation d'une situation de contrainte économique et de sanctions stériles et impuissantes.

La cohérence et l'efficacité de la réception actuelle de la contrainte économique sont minées d'une part, par des conditions inadaptées au traitement des abus de déséquilibre structurel (Section I) et par des sanctions inefficaces au traitement de la contrainte économique (Section II).

SECTION I. DES CONDITIONS INCOHÉRENTES AU TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1172. L'étude des différents régimes traitant de la contrainte économique met en exergue que la réception de la contrainte économique par le Droit est incohérente et inefficace. L'échec de la réception de la contrainte économique par le droit positif est dû, en partie, aux conditions retenues par les régimes connaissant de la contrainte économique. Ces conditions jouent un rôle déterminant dans le traitement de la contrainte économique.

1173. Les régimes traitant de la contrainte économique ont fait le choix de conditions communes. Ces conditions sont présentes au sein de tous les régimes connaissant de la contrainte économique. Il s'agit de conditions civiles traditionnelles telles que la nullité de l'acte entaché de contrainte économique et la réparation du préjudice subi par la victime. Or, l'étude des conditions permet d'affirmer, qu'étant légitimes et opportunes à sanctionner les abus de déséquilibre structurel, ces conditions communes civiles sont nécessaires à la caractérisation des situations de contrainte économique. Le recours à ces conditions doit être salué (Paragraphe I).

1174. Les régimes ont également recours à des conditions particulières c'est-à-dire à des conditions qui portent en leur sein le particularisme de chaque branche du Droit au titre duquel le régime est retenu. Elles poursuivent la finalité et s'inscrivent dans la logique qui anime ces droits spéciaux. Aussi, ces conditions particulières sont donc différentes d'un régime à un autre, d'un droit à un autre. Or, l'étude de ces conditions permet d'affirmer qu'elles sont un frein majeur à la lutte contre la contrainte économique. Le recours à de telles conditions est particulièrement fâcheux (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. UN RECOURS SALUÉ AUX CONDITIONS COMMUNES

1175. Tous les régimes traitant de la contrainte économique exigent la démonstration de conditions qui sont impératives à la qualification d'une situation de contrainte économique. Ainsi, la preuve d'un déséquilibre structurel, d'une exploitation abusive de ce rapport de force inégal, d'un lien de causalité entre le déséquilibre structurel et l'exploitation abusive, ainsi que la démonstration d'un résultat de l'exploitation abusive sont essentielles pour caractériser la contrainte économique. D'ailleurs, ces conditions correspondent exactement au régime commun de la notion de contrainte économique établi précédemment.

1176. Toutefois, il appert de l'étude de ces différents régimes, qu'ils n'offrent pas la même considération à toutes les conditions. Pourtant toutes ces conditions sont impératives à la qualification d'une situation en situation de contrainte économique. Ainsi, de manière générale, les régimes connaissant de la contrainte économique exigent la démonstration de plusieurs conditions de manière explicite. C'est le cas du déséquilibre structurel et de l'exploitation abusive de la configuration structurelle qui caractérise la relation entre l'auteur et la victime (A). *A contrario* et bien qu'elles soient tout aussi nécessaires et essentielles à la qualification d'une situation de contrainte économique que les conditions explicites, ces régimes requièrent, de manière implicite, la démonstration des conditions relatives au lien de causalité et au résultat (B).

A. LES CONDITIONS COMMUNES ÉVIDENTES AU TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1177. Les régimes traitant indirectement de la contrainte économique exigent, sans équivoque, la preuve d'un déséquilibre structurel caractérisant la situation de l'auteur et de la victime (1) et celle d'une exploitation abusive du déséquilibre structurel (2). Sans ces conditions la situation de contrainte économique ne peut pas être caractérisée. Les régimes traitant de la contrainte économique offrent une considération particulière à ces deux conditions indispensables à la lutte contre la contrainte économique.

1. L'EXISTENCE FONDAMENTALE D'UN DÉSÉQUILIBRE STRUCTUREL

1178. Tous les régimes traitant de la contrainte économique reconnaissent la nécessité de démontrer l'existence d'un déséquilibre structurel. Le déséquilibre structurel est la configuration structurelle qui caractérise la relation entre les parties c'est-à-dire entre l'auteur et la victime. Ainsi, la qualification d'une situation en contrainte économique nécessite l'existence d'un rapport de force inégal. Il s'agit d'un déséquilibre des forces économiques entre les parties au contrat (a).

1179. Afin de cerner les effets de cette condition dans la pratique quant à la réception des situations de contrainte économique, il convient de s'intéresser à l'appréciation de cette condition qui est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (b).

a. Les situations de déséquilibre structurel

1180. Toute relation caractérisée par un déséquilibre structurel se manifeste par une partie dominante et une partie dominée. Toutefois, cette configuration structurelle peut se caractériser davantage soit par la domination de l'une des parties, l'auteur de la contrainte économique sur l'autre partie, la victime de la contrainte économique (qui est donc dans une situation de dominance corrélative), soit par la dominance de la victime de la contrainte économique sur l'auteur (qui est donc dans une situation de domination corrélative).

1181. Toute relation caractérisée par un déséquilibre structurel se manifeste par une partie dominante et une partie dominée. Toutefois, cette configuration structurelle peut se caractériser davantage soit par la domination de l'une des parties, l'auteur de la contrainte économique sur l'autre partie, la victime de la contrainte économique (qui est donc dans une situation de dominance corrélative), soit par la dominance de la victime de la contrainte économique sur l'auteur (qui est donc dans une situation de domination corrélative).

1182. Ainsi, Le déséquilibre structurel peut se manifester de deux manières différentes. Soit l'auteur de la contrainte économique est en situation de puissance économique, soit la victime de la contrainte économique est en situation de faiblesse. Plus précisément, la domination de l'auteur s'illustre par une puissance économique c'est-à-dire soit par une puissance d'achat, soit par une puissance de vente et plus particulièrement, soit par une position dominante (i). Tandis que, la situation de dominance de la victime s'exprime de manière plus diverse. Il peut s'agir soit d'une situation de dépendance économique (ii) soit de faiblesse ou de vulnérabilité (iii).

i. La notion de position dominante

1183. Le droit de la concurrence traite la contrainte économique à travers le régime d'abus de position dominante et d'abus de dépendance économique.

Ainsi, le droit de la concurrence envisage la situation où l'auteur de la contrainte économique abuse de sa puissance économique et il envisage également la situation inverse c'est-à-dire le cas où l'auteur abuse de la situation de faiblesse de son contractant.

1184. La position dominante n'est pas en soit illicite.

Toutefois, il semblerait que les entreprises en position dominante aient une responsabilité particulière justifiée par le fait qu'elles faussent déjà la concurrence en raison de leur position dominante. Dès lors, il y a, par nature, une méfiance envers les entreprises en position dominante.

1185. Le législateur n'a donné aucun critère et aucune définition de la position dominante. La détermination de la position dominante est alors laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond qui disposent d'un très large pouvoir d'interprétation.

1186. La position dominante est déterminée par la méthode de faisceau d'indices dont celui des parts de marché.

L'analyse des parts de marché est essentielle mais pas déterminante en ce sens qu'une entreprise ayant une part de marché de 50%-60 % pourra être considérée comme n'étant pas en position dominante en raison d'autres facteurs.

Toutefois, certains seuils présument l'existence d'une position dominante (une part de marché supérieur à 70%/80%)¹⁰¹⁸ ou au contraire l'absence de position dominante (une part de marché inférieur à 6%/7%)¹⁰¹⁹ sauf circonstances exceptionnelles.

1187. Par ailleurs, en dehors de l'étude des parts de marché, des indices supplémentaires. Des indicateurs permettent de déterminer si l'entreprise peut adopter un comportement indépendamment de ces concurrents sont analysés¹⁰²⁰.

C'est le cas de la structure de l'entreprise c'est-à-dire le rapport entre les parts de marché détenues par l'entreprise concernée et celles détenues par ses concurrents ; l'avance technologique que possède l'entreprise ; l'existence d'un réseau commercial extrêmement perfectionné et l'absence de concurrence potentielle¹⁰²¹.

1188. Des indicateurs permettant de traduire la pression concurrentielle subie par l'entreprise sont également pris en compte¹⁰²². Ce sont des indices relatifs à la structure de la concurrence et celle du marché.

Le premier indice est celui des parts de marché relatives : cet indice permet de calculer la différence de parts de marché existante entre l'entreprise et ses concurrents.

Le second indice permet de relever s'il existe des barrières à l'entrée du marché. La CJCE a jugé qu'il y avait des barrières à l'entrée du marché dès lors qu'une entreprise contrôle les différentes étapes de commercialisation du produit. En l'espèce, United Brands cultivait, transportait et commercialisait elle-même les bananes¹⁰²³.

¹⁰¹⁸ CJCE, aff. C-7/97, 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG, *Rec.*, 1998, I, p. 7791, point 35.

¹⁰¹⁹ CJCE, aff. 26/76, 25 octobre 1977, *Méto c/ Commission*, *Rec.*, 1977, p. 1875, point 17 ; Cons. conc., n° 00-D-50, 5 mars 2001, Pratiques mises en œuvre par la société Française de jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, *BOCC*, 24 avril 2001.

¹⁰²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006, p.126.

¹⁰²¹ CJCE, aff. 85/76, 13 février 1979, Hoffman-La Roche & Co. AG c/ Commission des Communautés européennes, *Rec.*, 1979, p. 461.

¹⁰²² M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *op. cit.*, p.126.

¹⁰²³ CJCE, aff. 27/76, 14 février 1978, United Brands, *Rec.*, 1978, p. 207, point 122.

Enfin, sont également pris en compte des indices relatifs au comportement de l'entreprise. Il s'agit de comportements que seule une entreprise en position dominante, c'est-à-dire une entreprise qui peut se soustraire à la concurrence de ces concurrents, peut avoir.

1189. En somme, la position dominante est la situation de fait dans laquelle se trouve une entreprise qui lui permet de « *s'échapper à une concurrence effective et qui lui assure une certaine indépendance vis-à-vis de ses clients et concurrents* »¹⁰²⁴.

1190. Le droit de la concurrence traite, également, de la contrainte économique à travers la situation inverse c'est-à-dire lorsque l'auteur de la contrainte économique abuse de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve son cocontractant à son égard. C'est le cas de l'abus de dépendance économique. Aussi, le déséquilibre structurel peut également prendre la forme d'une situation de dépendance économique.

ii. La notion de dépendance économique

1191. La notion de dépendance économique au sein du droit de la concurrence. Afin de mieux comprendre la notion de dépendance économique, en droit de la concurrence, il convient de s'attarder sur ces origines.

¹⁰²⁴ (Dir.) CABRILLAC Rémy, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2nd éd., coll. Objectif Droit, Litec, Paris, 2004 sous position dominante.

1192. Le Droit français s'est inspiré du Droit allemand pour le régime d'abus de dépendance économique. Le Droit allemand connaît quatre sortes de cause de dépendance économique¹⁰²⁵.

1193. Il existe, d'abord, la dépendance économique pour cause d'assortiment ou de notoriété. Elle est caractérisée quand des produits de marque jouissent d'une grande notoriété. C'est le cas d'un distributeur qui ne peut pas offrir un assortiment complet à sa clientèle sans perdre des parts de marché.

1194. Il existe également la dépendance pour cause de pénurie qui concernent les clients d'entreprises qui ont directement accès aux sources d'une matière première qui n'appartiennent pas aux mêmes groupes qu'elles.

1195. La dépendance pour cause de relations d'affaires est le cas où une entreprise est en relation très « nouée » avec une autre entreprise. Cette relation privilégiée est caractérisée par la durée, par l'importance des investissements et par le fait que la rupture de cette relation et la reconversion des activités représenterait un coût excessif.

1196. La dépendance pour cause de puissance d'achat touche des producteurs qui ne peuvent pas se permettre de perdre un client car cela entraînerait une perte importante de son chiffre d'affaires.

1197. La dépendance économique pour cause de relations d'affaires et pour cause de puissance d'achat est envisagée par le Droit français. Il n'existe pas de distinction entre

¹⁰²⁵ Pour l'ensemble de la question : A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence - Droit interne et Droit de l'union européenne*, 4^{ème} éd., coll. Manuels, L.G.D.J., Paris, 2010, p. 166 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *op. cit.* ; D. BAULD, *Politique et pratique de la concurrence en France*, coll., Droit des affaires, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 426 et s.

la dépendance du fournisseur à l'égard du distributeur et celle du distributeur à l'égard du fournisseur.

1198. Il faut préciser que le législateur ne donne pas de définition légale de la dépendance économique. Il précise uniquement que l'abus de dépendance économique se définit comme étant « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise de la dépendance économique de son partenaire commercial en lui imposant des conditions commerciales déséquilibrées et ou injustifiées* »¹⁰²⁶.

1199. C'est donc la jurisprudence qui a dû définir la notion de dépendance économique en droit de la concurrence.

La Cour d'appel de Paris a défini la dépendance économique comme étant « *une situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre des relations commerciales avec une autre lorsqu'il lui est impossible de s'approvisionner en produits substituables dans des conditions équivalentes* »¹⁰²⁷.

1200. Le Conseil de la concurrence a défini l'abus de dépendance économique dans son rapport annuel de 1996 comme étant le fait qu'« *une entreprise se trouve dans une situation de dépendance économique vis-à-vis d'un fournisseur ou d'un client avec lequel elle réalise une part importante de ses ventes ou de ses achats, dès lors que, dans l'hypothèse où elle devrait renoncer à ses ventes ou ses achats, elle ne disposerait d'aucune solution équivalente pour poursuivre son activité* ».

1201. Contrairement au Droit allemand, il n'existe pas de seuil de dépendance économique. Il s'agit donc d'une appréciation *in concreto*. Il existe, certes, le risque d'un

¹⁰²⁶ Art. L.420-2, al. 2nd du C. com.

¹⁰²⁷ Paris, 5 juillet 1991, *D.*, 1991. IR, p. 247.

aléa juridique mais qui est compensé par une appréciation, en pratique, plus proche de la réalité économique.

1202. La condition relative à l'absence de solution équivalente est « sous-jacente » à la dépendance économique. Un partenaire ne sera pas en situation de dépendance économique si les raisons qui l'ont conduit à concentrer ses ventes auprès d'un seul distributeur relève d'un choix stratégique et s'il a des solutions alternatives. D'ailleurs, le Professeur Louis VOGEL dit de l'absence de solution équivalente que « *le critère essentiel de la dépendance réside dans l'absence de solution équivalente. A la vérité, ce critère paraît absorber tous les autres* »¹⁰²⁸.

1203. L'intérêt de cette condition est de rechercher les raisons qui ont poussé le fournisseur à concentrer ses ventes auprès d'un seul distributeur. Il s'agit de déterminer si la dépendance économique est inhérente à l'entreprise ou si elle résulte de sa propre volonté c'est-à-dire si elle le fruit d'une stratégie. Il s'agit de prendre en compte une dépendance objective c'est-à-dire une dépendance économique qui ne résulte pas de son comportement.

Ainsi, la démonstration de l'absence de solution équivalente permet d'apporter la preuve de l'absence de substituabilité de la relation que le fournisseur entretient avec le distributeur¹⁰²⁹. Et donc, de déterminer si le distributeur apparaît comme un partenaire obligé.

1204. L'Autorité de la concurrence profite des constats dressés dans son avis du 31 mars 2015 afin de demander au législateur d'intervenir pour « *redéfinir les contours et en faciliter l'application* »¹⁰³⁰ l'abus de dépendance économique.

¹⁰²⁸ L. VOGEL, *Droit des ententes et abus de domination*, coll. JuriBases, LawLex, Paris, 2009, p. 157.

¹⁰²⁹ M. DEPINCE, D. MAINGUY, *op. cit.*, p. 292.

¹⁰³⁰ C. PECNARD, G. ROBIC, « L'autorité de la concurrence veut s'inviter dans les négociations commerciales », *AJDA*, juin 2015, p. 269.

Pour ce faire, elle propose essentiellement que la définition de la notion de dépendance économique soit assouplie en faisant abstraction du critère relatif à l'absence de solution équivalente et en proposant que les options de sorties doivent puissent être mis en oeuvre dans un « délai raisonnable ». Ainsi, le partenaire sera considéré comme n'ayant pas de solution équivalente s'il ne dispose pas de solutions de remplacement dans un délai raisonnable. Cette proposition n'a pas été retenue.

1205. La dépendance économique au sein du droit civil. Le droit civil et le droit du travail sanctionnent, également, la contrainte économique par le mécanisme de la violence économique.

Or, la violence économique, à l'instar des autres régimes traitant de la contrainte économique, requière l'existence d'un déséquilibre structurel.

1206. Ce déséquilibre se manifeste par l'existence d'une situation de dépendance économique.

La Cour de cassation retient, dans un arrêt du 3 avril 2002, 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* »¹⁰³¹.

1207. Il est évident que la Cour de la cassation s'est inspirée de la rédaction de l'article L.420-2 et L.442-6 I 2° b) du Code de commerce. La rédaction est presque similaire.

¹⁰³¹ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial » ; *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial » ; *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE, B. FAGES, « Violence morale et dépendance économique » ; *Defrénois*, 15 octobre 2002, n° 19, p. 1246, obs. E. SAVAUX ; *JCP*, 27 novembre 2002, n° 48, I, p. 184, obs. G. VIRASSAMY, « Droit des obligations » ; *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2003, n° 25, p. 18, obs. J. ROVINSKI, « Contrats et obligations ».

La reprise de la notion de dépendance économique par la Cour de cassation en droit civil suscite des interrogations. En effet, comment la notion de dépendance économique est-elle entendue en droit civil ? Quelle est la définition de la dépendance économique en droit civil ? Répond-t-elle à la même définition qu'en droit de la concurrence ? Est-elle considérée de la même manière c'est-à-dire par les mêmes critères ?

Dans, le dispositif de l'arrêt du 3 avril 2002, la Cour de cassation reprend la rédaction des articles du Code de commerce. Cela laisse-t-il entendre que la dépendance en droit civil doit être caractérisée de la même manière que la dépendance économique en droit de la concurrence ? De même, le régime légal de la violence économique se réfère explicitement à « *l'état de dépendance* »¹⁰³². L'état de dépendance est un état de dépendance économique ? Ou peut-il s'agir d'une dépendance économique, technique, juridique ? Si par « *état de dépendance* », il faut comprendre « *état de dépendance économique* », alors l'état de dépendance économique répond-il à la même définition et qualification que la dépendance économique en droit de la concurrence ?

1208. Certains remettent en cause le recours de la Cour de cassation à la notion de dépendance économique comme condition de la violence économique¹⁰³³. En effet, il est légitime de se demander s'il est bien approprié d'avoir recours en droit civil à la notion de dépendance, notion issue du droit de la concurrence.

Pourtant, cet emprunt au droit de la concurrence paraît être opportun. En effet, il est nécessaire que le mécanisme qui traite de la contrainte économique ait une certaine souplesse. En effet, la contrainte économique se caractérise par une situation de fait, des circonstances économiques qui évoluent perpétuellement et par conséquent il faut un mécanisme qui soit modulable afin de mieux appréhender la contrainte économique.

¹⁰³² Art. 1143 du C. civ.

¹⁰³³ D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », *D.*, 2002, p. 2844.

1209. Toujours est-il que la dépendance économique est une situation de fait et que sa caractérisation nécessite de considérer la situation respective des deux entreprises l'une par rapport à l'autre¹⁰³⁴.

1210. Par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁰³⁵, le gouvernement a consacré la violence économique comme nouvelle forme de violence. L'article 1143 prévoit désormais qu'« *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* ».

1211. Ainsi, comme il était, malheureusement, prévisible l'ordonnance du 10 février 2016 se limite à entériner à droit constant le régime prétorien de la violence économique. Aussi, l'ordonnance du 10 février 2016 consacre les erreurs du régime prétorien de la violence économique.

1212. L'ordonnance du 10 février 2016 consacre certaines erreurs qui sont constantes dans les projets de réforme du droit des contrats et au sein de la jurisprudence relative à la violence économique notamment celle qui consiste à n'envisager le déséquilibre structurel que sous la forme de la situation de faiblesse de la victime et de faire abstraction totale de la situation de puissance. L'article 1143 va même plus loin car il limite la situation de faiblesse de la victime qu'à « *l'état de dépendance* ».

1213. Étonnamment, l'ordonnance du 10 février 2016 a pris ses distances vis-à-vis de la jurisprudence de droit civil qui retient comme situation de faiblesse l'état de dépendance et l'état de nécessité. Il est légitime de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le gouvernement a limité la situation de faiblesse de la victime à de la faiblesse économique

¹⁰³⁴ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique », *L.P.A.*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

¹⁰³⁵ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35, art. 2.

et a écarté la faiblesse non-économique (vulnérabilité intrinsèque et de nature extrinsèque).

1214. D'ailleurs, il faut s'interroger sur la notion même d'« *état de dépendance* ». Qu'est-ce qu'un état de dépendance ? Que faut-il comprendre par « *état de dépendance* » ? Faut-il comprendre dépendance économique ou est-ce une dépendance d'ordre technique ou juridique ? S'il s'agit d'une dépendance économique alors la définition est-elle la même qu'en droit de la concurrence ?

D'autant de questions sans réponses auxquelles la jurisprudence devra répondre. En raison des multiples similitudes entre le régime prétorien et le régime légal de la violence économique, il est fort probable que la jurisprudence invitée par le législateur à déterminer les contours de ce nouveau vice de la violence économique, réservera au régime légal de la violence économique le même traitement en pratique qu'elle a offert au régime prétorien de la violence économique.

1215. L'ordonnance du 10 février 2016 consacre la violence économique comme étant un vice du consentement. Seuls les abus de déséquilibre structurel ayant eu lieu lors de la formation du contrat seront sanctionnés. Les situations de contrainte économique ayant eu lieu lors de l'exécution et lors de l'extinction du contrat ne sont pas concernées par ce régime. Ce choix freine grandement la lutte contre la contrainte économique.

1216. En somme, le choix de termes larges encourage le recours à la jurisprudence. Ce qui pourra être un gage de flexibilité nécessaire à la contrainte économique car cela permettra d'apporter une réponse toujours plus proche de la réalité et plus malléable face aux complexités et à la disparité des situations de contrainte économique. Toutefois, le gouvernement aurait pu faire l'effort de choisir des termes légèrement plus clairs sans dénaturer le rôle essentiel à venir de la jurisprudence afin d'apporter et d'offrir aux justiciables des éléments de réponse.

1217. La consécration de la violence économique par l'ordonnance du 10 février 2016 est une consécration constante du régime prétorien de la violence économique (à l'exception de l'état de nécessité qui n'est pas prévu par l'article 1143). Or, la définition prétorienne de la violence économique était déjà largement imparfaite, lacunaire et inefficace expliquant le peu d'intérêt des justiciables à son égard. Ainsi, la violence économique telle que définit par l'ordonnance du 10 février 2016 est une grande déception et présente bien peu d'intérêt.

1218. Enfin, le déséquilibre structurel peut également se caractériser par la faiblesse ou la vulnérabilité de la victime de la contrainte économique.

iii. Les notions de faiblesse et de vulnérabilité

1219. Le droit pénal et le droit de la consommation traite la contrainte économique à travers les notions de faiblesse, de vulnérabilité, d'ignorance, de nécessité, de détresse. Le champ d'application est donc plus divers que pour les autres régimes et les autres branches du Droit.

1220. Pourtant, le droit pénal a un champ d'application limité. Seulement trois catégories de personnes sont protégées par le régime de l'abus de vulnérabilité : les mineurs, les personnes étant sous une influence ou une pression sectaire, et les personnes vulnérables : c'est-à-dire dont la vulnérabilité est due à l'âge, la maladie, l'infirmité, une déficience physique ou psychique, la grossesse.

1221. Le droit de la consommation a un champ d'application plus large car la vulnérabilité peut résulter de l'âge, la maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique.

De plus, et contrairement au droit pénal, la vulnérabilité en droit de la consommation peut résulter non seulement de circonstances internes à la personne mais elle aussi résulter de circonstances extérieures à la personne telle que l'urgence¹⁰³⁶.

1222. En définitive, les cas de faiblesses et de vulnérabilités sont de trois ordres. Il s'agit soit d'une faiblesse purement économique, soit d'une faiblesse non-économique intrinsèque (un handicap physique ou mental, un état de maladie, l'illettrisme, l'âge, la maladie, l'infirmité, déficience physique ou mentale, l'état de grossesse) ou extrinsèque (une situation d'urgence ou lorsque la personne souffre de sujétions psychologiques ou physique résultant de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement).

1223. La critique qui peut être faite est que s'agissant d'une mesure de protection le champ d'application devrait être le plus large possible. Or, ici dans le champ d'application des deux régimes est particulièrement et minutieusement limité. Alors même qu'il s'agit avant tout de protéger le consentement de la victime. Aussi, ce consentement devrait être protégé même pour une personne ne rentrant pas dans les cas de « particulière vulnérabilité » prévus par ces régimes.

1224. Pour que la particulière vulnérabilité de la victime soit caractérisée, il faut également démontrer que la faiblesse ait altéré le jugement de la victime. Cette vulnérabilité doit avoir empêché la victime de pouvoir apprécier correctement la portée de ses engagements et/ou de déceler les ruses, les manœuvres de l'auteur.

1225. Ici, se pose la question de la subjectivité. Ce sont les juges qui vont apprécier ce critère. D'ailleurs, la preuve semble être difficile à apporter : comment peut-on savoir si

¹⁰³⁶ Art. L.121-9, 5° du C. cons. ; J.-H. ROBERT ROBERT, H. MATSOPOULOU, *Traité de Droit pénal des affaires*, coll. Droit Fondamental, P.U.F., Paris, 2004, p. 79.

la victime avait conscience de la portée de ses engagements et si elle pouvait déceler les ruses de l'auteur ?

1226. En somme, le déséquilibre structurel se manifeste donc par ces différentes situations.

Ces situations sont des situations de fait, reposant sur des éléments subjectifs et/ou objectifs qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges.

1227. Après avoir étudié le déséquilibre structurel et notamment les différentes situations de fait à travers lesquelles il se caractérise, il faut revenir sur l'appréciation du déséquilibre structurel par la jurisprudence.

b. L'appréciation rigoureuse du déséquilibre structurel

1228. Le législateur n'ayant pas donné ni de définition ni de critère afin de déterminer ces situations, la jurisprudence a dû déterminer les critères d'appréciation du déséquilibre structurel.

1229. Malgré le large pouvoir d'appréciation dont disposent les juges pour apprécier la notion de position dominante (i), de dépendance économique (ii) ou la notion de situation de faiblesse et de vulnérabilité (iii), ils semblent faire une appréciation raisonnable voire rigoureuse du déséquilibre structurel pouvant aller parfois jusqu'à amputer le régime de toute efficacité.

i. L'appréciation de la notion de position dominante

1230. Bien que les magistrats disposent d'une liberté importante, ils font une appréciation rationnelle et objective de la position dominante. En effet, les magistrats semblent rationaliser au maximum son appréciation afin d'éviter toutes dérives. Au point où, malgré le subjectivisme que peut habiter toute interprétation, l'appréciation de la position dominante est assez objective. Cette appréciation objective est due essentiellement au recours aux parts de marché, aux critères relatifs aux barrières à l'entrée du marché, à la pression concurrentielle qui sont des critères qualifiables, rationnels.

En somme, la part de subjectivité de l'appréciation des juges est limitée par le recours aux parts de marché et à des notions économiques très techniques.

1231. Les magistrats ont recours à la méthode de faisceau d'indices pour caractériser une position dominante.

Certains seuils présument l'existence d'une position dominante (une part de marché supérieur à 70%/80%)¹⁰³⁷ ou au contraire l'absence de position dominante (une part de marché inférieur à 6%/7%)¹⁰³⁸ sauf circonstances exceptionnelles. L'analyse des parts de marché est certes essentielle mais elle est loin d'être déterminante. En effet, une entreprise pourra détenir 50%/60 % des parts de marché et ne pas être considérée comme étant en position dominante en raison d'autres facteurs.

1232. En raison de l'aléa juridique inhérent à toute appréciation des magistrats, la qualification d'une situation de position dominante par le biais des parts de marché offre bien plus de sécurité juridique que la caractérisation d'une situation de faiblesse ou d'un

¹⁰³⁷ CJCE, aff. C-7/97, 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG, *Rec.*, 1998, I, p. 7791, point 35.

¹⁰³⁸ CJCE, aff. 26/76, 25 octobre 1977, *Métro c/ Commission*, *Rec.*, 1977, p. 1875, point 17 ; Cons. conc., n° 00-D-50, 5 mars 2001, Pratiques mises en œuvre par la société Française de jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, *BOCC*, 24 avril 2001.

état de dépendance économique en ayant recours à des notions subjectives appréciées par les magistrats.

1233. Comme c'est le cas pour les indicateurs permettant de déterminer si l'entreprise a pu adopter un comportement indépendamment de ces concurrents qui dépendent de l'appréciation souveraine des juges¹⁰³⁹. En effet, la CJCE analyse à cet effet la structure de l'entreprise c'est-à-dire le rapport entre les parts de marché détenues par l'entreprise concernée et celles détenues par ses concurrents ; l'avance technologique que possède l'entreprise ; l'existence d'un réseau commercial extrêmement perfectionné et l'absence de concurrence potentielle¹⁰⁴⁰.

Sont également pris en compte par les magistrats, des indicateurs permettant de traduire la pression concurrentielle subie par l'entreprise¹⁰⁴¹. Ce sont des indices relatifs à la structure de la concurrence et celle du marché comme celui des parts de marché relatives qui permettent de calculer la différence de parts de marché existante entre l'entreprise et ses concurrents ; ou l'existence de barrières à l'entrée du marché¹⁰⁴².

Les magistrats prennent également en compte des indices relatifs au comportement de l'entreprise pour déterminer une position dominante. Il s'agit de comportements que seule une entreprise en position dominante, c'est-à-dire une entreprise qui peut se soustraire à la concurrence de ces concurrents, peut se permettre.

D'autant d'indicateurs et de comportements qui dépendent exclusivement de l'appréciation des souverains des juges.

¹⁰³⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006, p.126.

¹⁰⁴⁰ CJCE, aff. 85/76, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche & Co. AG c/ Commission des Communautés européennes*, *Rec.*, 1979, p. 461.

¹⁰⁴¹ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *op. cit.*, p.126.

¹⁰⁴² CJCE, aff. 27/76, 14 février 1978, *United Brands*, *Rec.*, 1978, p. 207, point 122 : Les magistrats ont estimé qu'il y avait des barrières à l'entrée du marché dès lors qu'une entreprise contrôle les différentes étapes de commercialisation du produit. Ici, *United Brands* cultivait, transportait et commercialisait elle-même les bananes.

1234. D'ailleurs, les magistrats ont recours également à la technique du faisceau d'indices et font preuve d'une appréciation reposant aussi bien sur des éléments subjectifs et que des éléments objectifs concernant la notion de dépendance économique.

ii. L'appréciation de la notion de dépendance économique

1235. En tout état de cause, l'appréciation de la dépendance économique est relative. Aussi bien en droit de la concurrence qu'en droit civil, la dépendance est relative c'est-à-dire qu'elle est déterminée en fonction de son partenaire économique c'est-à-dire de son contractant.

Certains pourraient regretter l'absence de seuil permettant de déterminer la dépendance économique d'un partenaire à un autre en raison de l'absence de marge d'appréciation du juge et donc de la sécurité juridique qui représente le recours à des seuils. Toutefois, il convient de souligner que l'appréciation *in concreto* permet d'avoir des analyses plus proches de la réalité économique que des parties au contrat.

La dépendance économique en droit de la concurrence est une dépendance économique objective (car les magistrats se réfèrent principalement à des parts de marché) teintée de subjectivisme (car les magistrats se réfèrent également à la notion d'absence de solution équivalente).

Or, en droit civil, la dépendance économique semble être purement subjective ; le droit civil dans le régime de la violence économique il n'est pas question des parts de marché comme critère.

1236. Ainsi, il semblerait que la dépendance économique en droit civil soit caractérisée et appréciée de manière relativement différente qu'en droit de la concurrence. En effet, l'appréciation est plus subjective en droit civil. Les juges du fond ont un large pouvoir

d'appréciation. La dépendance économique en droit civil semble couvrir un champ plus large que la dépendance économique en droit de la concurrence.

Par exemple, la Cour de cassation laisse entendre, dans l'arrêt du 3 avril 2002, que le statut de salarié suffit à caractériser une situation de dépendance économique¹⁰⁴³. En effet, elle déduit de sa subordination juridique que le salarié est en situation de dépendance économique.

1237. Il convient de souligner que l'appréciation de la dépendance économique est plus subjective en droit civil et qu'en droit de la concurrence. L'arrêt du 3 avril 2002 en est une illustration. Il n'est pas surprenant d'avoir une appréciation plus subjective en droit civil qu'en droit de la concurrence où les juges ont recours à des critères plus objectifs (parts de marchés, pourcentage de chiffre d'affaires réalisé avec l'entreprise dépendante...).

1238. La dépendance économique en droit de la concurrence s'apprécie *in concreto*. La jurisprudence est intervenue pour donner des critères à analyser afin de caractériser une situation de dépendance économique. Bien que la jurisprudence ait posé quatre critères à retenir, l'appréciation de ces éléments relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ce qui offre une large marge d'appréciation aux juges. Il existe des critères propres à la dépendance d'achat et à la dépendance de marque.

1239. S'agissant de la dépendance d'approvisionnement ou de marque c'est-à-dire la dépendance du distributeur face au fournisseur, les magistrats¹⁰⁴⁴ ont posé quatre critères

¹⁰⁴³ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE, B. FAGES, « Violence morale et dépendance économique ».

¹⁰⁴⁴ Cons. conc., n° 01-D-49, 31 août 2001, relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony, *BOCC*, 30 octobre 2001 ; Cons. conc., n° 89-D-16, 2 mai 1989, Société Chaptal SA, *Rec. Lamy*, n° 361, obs. C. ROBIN ; Cons. conc., n° 90-D-23, 3 juillet 1990, JVC Vidéo France, *Rec. Lamy*, n° 402, obs. J. AZEMA ; Cons. conc., n° 96-D-44, 18 juin 1996, Secteur de la publicité, *BOCC*, 14 novembre 1996, *JCP E*, 1998, p. 76, obs. L. VOGEL.

à analyser : la notoriété de la marque du fournisseur, l'importance de sa part de marché, la part de chiffre d'affaires du distributeur et l'absence de solution équivalente.

1240. La notoriété s'apprécie au regard de l'opinion des consommateurs¹⁰⁴⁵. Elle permet de démontrer que les produits ne sont pas facilement substituables à d'autres¹⁰⁴⁶.

Concernant la place du fournisseur sur le marché, une part de 17% peut être à l'origine d'un état de dépendance¹⁰⁴⁷. Elle permet de mesurer la capacité de l'entreprise à s'abstraire d'une pression concurrentielle dont la première aurait pu profiter¹⁰⁴⁸.

Concernant la part dans le chiffre d'affaires du revendeur. Elle traduit la dépendance réelle du client au fournisseur¹⁰⁴⁹. Une part de marché de 25% peut indiquer un état de dépendance économique¹⁰⁵⁰.

1241. S'agissant de la dépendance d'achat c'est-à-dire la dépendance du fournisseur face au distributeur, les magistrats ont posé quatre critères d'appréciation à analyser : l'importance du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur ; l'importance du distributeur dans la commercialisation du produit concerné ; les facteurs ayant conduit à la concentration de ses ventes au près d'un seul distributeur ; l'absence de solution équivalente¹⁰⁵¹.

1242. Le but étant de déterminer si la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve l'entreprise résulte d'un choix stratégique de la victime ou non.

¹⁰⁴⁵ Com., 12 octobre 1993, *BOCC*, 15 janvier 1994 ; Paris, 30 mars 1992, *JCP E*, n° 564.

¹⁰⁴⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Ibid*, p. 134.

¹⁰⁴⁷ J.-B. BLAISE, *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, 5^{ème} éd., coll. Manuel, L.G.D.J., Paris, 2009.

¹⁰⁴⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Ibid*, p. 134.

¹⁰⁴⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Ibid*, p. 134.

¹⁰⁵⁰ J.-B. BLAISE, *op. cit.*, 2009.

¹⁰⁵¹ Cons. conc., n° 93-D-21, 8 juin 1993, Groupe CORA, *BOCC*, 25 juillet 1993 ; Paris, 25 mai 1994, *BOCC*, 24 juin 1994 ; Cons. conc., n° 94-D-60, 13 décembre 1994, Secteur des lessives, *BOCC*, 18 février 1995 ; Cons. conc., n° 96-D-44, 18 juin 1996, Secteur de la publicité, *BOCC*, 14 novembre 1996.

La caractérisation de la dépendance économique est conditionnée à la démonstration de l'absence de solution équivalente.

1243. La loi NRE de 2001 a supprimé la condition relative à l'absence de solution équivalente. Toutefois, la jurisprudence continue à appliquer cette condition pour caractériser une situation de dépendance économique¹⁰⁵².

En effet, le Conseil de la concurrence a précisé que « *si la nouvelle rédaction de ce texte ne comporte plus de référence explicite à l'absence de solution équivalente, il n'en demeure pas moins que la dépendance économique, au sens de l'article L.420-2 du Code de commerce, ne peut résulter que de l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées, soit en qualité de client, soit en qualité de fournisseur, avec une autre entreprise* »¹⁰⁵³.

1244. Ainsi, la condition relative à l'absence de solution équivalente est une condition « sous-jacente » à celle de la dépendance économique. En effet, une entreprise ne sera en situation de dépendance économique et donc elle n'aura pas un partenaire obligé si les raisons qui l'ont conduit à concentrer ses ventes auprès d'un seul distributeur relève d'un choix stratégique et si elle a des solutions alternatives. La question qui se pose est celle de savoir si le juge civil va requérir la démonstration de l'absence de solution équivalente pour caractériser un état de dépendance économique.

1245. Les autorités de la concurrence n'ont pas déterminé de seuil permettant de déterminer si une solution équivalente existe ou non¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵² M. DEPINCE, D. MAINGUY, *Droit de la concurrence*, coll. Manuel, Litec, Paris, 2015, p. 292 et s.

¹⁰⁵³ Cons. conc., n° 01-D-49, 31 août 2001, relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony, *BOCC*, 30 octobre 2001 ; Dans le même sens : Paris, 9 avril 2002, *BOCC*, 24 juin 2002 ; Com., n° 05-21. 948, 6 février 2007, *CCC*, 2007, n° 99, obs. G. DECOCQ ; Com., n° 02-14529, 3 mars 2004, *Bull. civ.*, 2004, IV, *D.*, 2004, p. 874, obs. E. CHEVRIER ; Cons. conc., n° 05-D-05, 18 février 2005, SARL Les Oliviers, *BOCCRF*, 28 octobre 2005.

¹⁰⁵⁴ L. VOGEL, *op. cit.*, p. 157 et s.

L'absence de solution équivalente est un critère qui est laissé à l'appréciation souveraine des juges. Il faut préciser que concernant le critère de l'absence de solution équivalente, la méthode retenue est clairement celle du faisceau d'indices.

L'appréciation de l'absence de solution équivalente doit se faire en fonction du délai et du coût que l'entreprise devra supporter concernant la solution alternative.

1246. Par solution équivalente, il ne faut pas entendre nécessairement une solution identique. Ainsi, il y existe une solution équivalente si la solution est une solution moins avantageuse ou si elle entraîne un coût financier supérieur mais supportable¹⁰⁵⁵. De même, il y a solution équivalente quand l'entreprise poursuit son activité malgré l'existence des pratiques abusives ou quand les pratiques énoncées n'ont pas entraîné une baisse significative des ventes de l'entreprise prétendue victime.

1247. Différents éléments seront appréciés pour retenir l'absence de solution équivalente. Concernant la dépendance du fournisseur, les magistrats se sont demandé si le fournisseur peut obtenir les mêmes débouchés qu'avec son partenaire actuel. Ils vont apprécier la structure de l'offre et de la demande c'est-à-dire l'équilibre général sur le marché, la situation économique et financière de l'entreprise en dépendance économique, le niveau de marges du secteur, conditions de commercialisation.

1248. Concernant la dépendance d'approvisionnement, les magistrats vont apprécier s'il existe des produits comparables à ceux du fournisseur, la notoriété des produits ou s'il peut espérer avec cette relation le même chiffre d'affaires.

La qualification de dépendance économique relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

¹⁰⁵⁵ Paris, 12 juillet 1990, l'affaire « le jeu Trivial Poursuit », *BOCC*, 20 juillet 1990 ; Cons. conc., n° 91-D-51, 19 novembre 1991, pour une offre sans équivalent pour le câble, *BOCC*, 11 décembre 1991.

1249. Seule la dépendance économique n'étant pas un choix volontaire stratégique de l'entreprise sera retenue. D'où la nécessité de vérifier les raisons qui ont conduit à concentrer les ventes auprès d'un seul distributeur et de s'assurer de l'absence de solution équivalente mais qu'elle est bien extérieure à sa volonté.

Seulement, dès lors le consentement de l'entreprise victime pourra être considéré comme n'étant pas libre et l'entreprise dominante apparaîtra alors comme un partenaire obligé. Donc, on ne peut que se réjouir que la jurisprudence considère l'absence de solution équivalente comme inhérente à la dépendance économique et l'exige en tant que condition alors même le législateur l'a supprimée depuis 2001.

1250. Concernant le critère relatif à la proportion des ventes c'est-à-dire la part du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur avec le distributeur, l'autorité de la concurrence rappelle dans son avis du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution¹⁰⁵⁶ qu'il n'existe pas vraiment de « seuil de menace » déterminé dont le dépassement indiquerait une situation de dépendance économique. Il s'agit du seuil « *au-delà duquel la survie d'un fabricant pourrait être remise en cause en cas de disparition de ce débouché, dans la mesure où cela conduirait, à plus ou moins brève échéance, le fournisseur vers une situation financière difficile, voire une faillite* »¹⁰⁵⁷.

1251. A titre de comparaison, pour le droit de la concentration, la Commission européenne avait retenu un seuil de 22%¹⁰⁵⁸. L'autorité de la concurrence avait suivi la décision de la Commission européenne et avait appliqué ce seuil¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁶ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, *BOCCRF*, 1 avril 2015.

¹⁰⁵⁷ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *op. cit.*, p. 74, §247.

¹⁰⁵⁸ Comm. eur., 3 février 1999, aff. M.1221 - Rewe/Meinl, *JOCE*, C 1999/228.

¹⁰⁵⁹ Aut. conc., n° 11-DCC-134, 2 septembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot, *BOCCRF*, 14 octobre 2011.

1252. Concernant l'abus de dépendance économique, ce seuil pourrait aller de 10% à 23% selon les catégories de produits concernés¹⁰⁶⁰. Certains fournisseurs affirment que pour prendre en compte le phénomène du rapprochement à l'achat entre distributeurs que ce seuil doit être revu à la baisse¹⁰⁶¹.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence conclut que le seuil de menace peut varier car il dépend de nombreux éléments. Il est recommandé, « *en tout état de cause* »¹⁰⁶², de compléter l'analyse avec la part que représente le fournisseur dans les ventes du distributeur¹⁰⁶³.

1253. D'ailleurs, l'Autorité de la concurrence prend soin de mettre en perspective le poids moyen que représente des distributeurs dans le chiffre d'affaires des fournisseurs pour certaines catégories de produits concernant les principaux distributeurs ou regroupement de distributeurs et celui des fournisseurs dans le chiffre d'affaires des distributeurs. Ce qui est d'ailleurs très significatif car le poids moyen des distributeurs dans le chiffre d'affaires des fournisseurs est de 20%. Alors qu'il n'est que de 1% à 12,8% pour le poids moyen des fournisseurs dans le chiffre d'affaires des distributeurs.

1254. Face à l'échec du régime relatif à l'abus de dépendance économique et face à l'explosion des abus de déséquilibre structurel et à l'impuissance des outils juridiques à prendre en compte ces situations de contrainte économique, l'Autorité de la concurrence tentent de rectifier la réception de la contrainte économique par le Droit. Dans son avis du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution¹⁰⁶⁴, elle craint que les situations de contrainte économique ne soient favorisées sous la forme d'abus de dépendance économique des fournisseurs dans le cadre de rapprochement à l'achat entre distributeurs. L'Autorité de la concurrence incite les grandes enseignes de la distribution alimentaire à modifier

¹⁰⁶⁰ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 74, §249.

¹⁰⁶¹ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 74, §249.

¹⁰⁶² Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 75, §251.

¹⁰⁶³ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 75, §251.

¹⁰⁶⁴ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, *BOCCRF*, 1 avril 2015.

certaines de leurs pratiques de négociation avec les fournisseurs et propose de prendre en compte l'impact cumulatif des accords de regroupements à l'achat sur les pouvoirs de négociation entre distributeurs et fournisseurs.

1255. Par ailleurs, estimant que les pouvoirs de négociation respectifs des fournisseurs et des distributeurs dépendent largement des alternatives auxquelles ils peuvent avoir recours en cas d'échec des négociations ou rupture des relations contractuelles¹⁰⁶⁵, la question des « options de sorties » c'est-à-dire des solutions alternatives est essentielle.

Or, il y a quelques années l'Autorité de la concurrence avait conclu que l'échec des dispositions relatives à l'abus de dépendance économique était dû en grande partie en raison de la difficulté à démontrer l'absence de solutions alternatives¹⁰⁶⁶. La loi NRE de 2001¹⁰⁶⁷ avait alors supprimé la condition relative à l'absence de solutions alternatives.

1256. Toutefois, la Cour de cassation a continué à appliquer ce critère dans l'appréciation d'une situation de dépendance économique¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁵ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *op. cit.*, p. 73, §244.

¹⁰⁶⁶ Cons. conc., n° 01-D-49, 31 août 2001, relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony, *BOCC*, 30 octobre 2001 ; Cons. conc., n° 02-D-24, 27 mars 2002, relative à une saisine de la société cabinet affaires et recouvrement (CAR) à l'encontre de la société Buroservices, *BOCCRF*, 24 avril 2002 ; Cons. conc., n° 02-D-77, 27 décembre 2002, relative à une saisine de la SA Daniel Grenin à l'encontre des sociétés Imphy Uginé Précision, Sprint-Métal et Usinor Achats, *BOCCRF*, 4 février 2003 ; Cons. conc., n° 04-D-11, 6 avril 2004, relative à une saisine de la société Sematec contre les pratiques de la société Newell Window fashions Germany, *BOCCRF*, 14 avril 2004 ; Cons. conc., n° 04-D-36, 23 juillet 2004, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport des petits colis, *BOCCRF*, 16 août 2004 ; Cons. conc., n° 05-D-05, 18 février 2005, SARL Les Oliviers, *BOCCRF*, 28 octobre 2005 ; Cons. conc., n° 05-D-44, 21 juillet 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe La Provence (anciennement La Provençal) dans le secteur de la publicité dans la presse quotidienne régionale à Marseille, *BOCCRF*, 23 août 2005 ; Cons. conc., n° 05-D-50, 21 septembre 2005, relative à la plainte de la société SCOB à l'encontre des pratiques mises en œuvre par la société Brasseries Kronenbourg dans le secteur de la distribution de la bière, *BOCCRF*, 28 septembre 2005 ; Aut. conc., n° 12-D-07, 17 février 2012, relative à des pratiques relevées dans le secteur des emballages en bois, *BOCCRF*, 20 février 2012.

¹⁰⁶⁷ Art. 66 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

¹⁰⁶⁸ Com., n° 02-14529, 3 mars 2004, *Bull. civ.*, 2004, IV, D., 2004, p. 874, obs. E. CHEVRIER, p. 43 : « l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques ou économiques comparables ; dès lors, la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L.420-2 du Code de commerce ».

1257. Pour pallier cette difficulté, le Conseil de la concurrence dans l'affaire CORA¹⁰⁶⁹, avait estimé que ce critère n'était pas suffisant et ne pouvait pas « *toujours donner lieu à une observation directe* »¹⁰⁷⁰. Le Conseil de la concurrence avait alors préconisé de compléter l'appréciation du critère de l'absence de solutions alternatives avec d'autres critères tels que « *la faiblesse des ressources financières du fournisseur, la faiblesse des marges des offreurs sur le marché sur lequel il opère, l'absence de notoriété de la marque du fournisseur, la durée et l'importance de la pratique de la politique de partenariat qu'il a éventuellement nouée avec le distributeur, l'importance et la surcapacité d'offre sur le marché de ses produits, l'importance des contraintes de transport de ses produits* »¹⁰⁷¹.

1258. Selon l'Autorité de la concurrence, ces critères doivent permettre d'apprécier le caractère effectif des « options de sorties » comme le report vers des marques ou des insignes concurrentes des distributeurs et des fournisseurs et leur capacité à maintenir leur activité sur le marché dans le cas d'une rupture brutale des relations commerciales¹⁰⁷².

1259. Or, l'Autorité de la concurrence estime que le report sur des marques concurrentes sont rarement pour les fournisseurs des « options de sorties » valables et effectives contrairement aux distributeurs. En effet, la rupture d'approvisionnement d'un ou plusieurs produits peut entraîner une diminution de marge sur ces certains produits mais n'impacte pas la fidélité des consommateurs¹⁰⁷³. La rupture d'une relation commerciale ne constitue pas vraiment de pertes de profits pour les distributeurs car ils peuvent orienter leurs consommateurs vers des produits de marques concurrentes¹⁰⁷⁴. Par ailleurs, il peut avoir recours à des produits MDD, bien que, comme le rappelle l'Autorité de la concurrence ces-derniers ne peuvent être considérés comme des « options de sorties »¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁶⁹ Cons. conc., n° 93-D-21, 8 juin 1993, Groupe CORA, *BOCC*, 25 juillet 1993.

¹⁰⁷⁰ Cons. conc., n° 93-D-21, 8 juin 1993, Groupe CORA, *BOCC*, 25 juillet 1993.

¹⁰⁷¹ Cons. conc., n° 93-D-21, 8 juin 1993, Groupe CORA, *BOCC*, 25 juillet 1993.

¹⁰⁷² Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 79, §263.

¹⁰⁷³ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 79, §264.

¹⁰⁷⁴ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 79, §264.

¹⁰⁷⁵ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 80, §267 : « *Une part significative de MDD sur un marché peut ainsi être un indice d'une pression concurrentielle de ces produits sur les marques de fournisseurs, et une augmentation de cette part dans le temps pourrait éventuellement indiquer un*

Au contraire, les fournisseurs peuvent difficilement pousser les consommateurs à changer complètement d'enseigne de distribution alimentaire. Aussi, en cas de déférencement, le fournisseur risque de perdre « *la quasi-totalité de son chiffre d'affaires* »¹⁰⁷⁶.

1260. L'Autorité de la concurrence a proposé que les options de sorties soient appréciées à l'aune de leur effectivité. Autrement dit, une option de sortie ne serait être véritablement une solution alternative au sens que lui donne l'Autorité de la concurrence que si elle a un caractère effectif c'est-à-dire que si « *ces débouchés constituent des solutions alternatives effectives, susceptibles d'être mises en œuvre dans un délai raisonnable* »¹⁰⁷⁷.

Elle conseille de tenir compte dans l'appréciation de la solution alternative, des contraintes techniques, commerciales et juridiques¹⁰⁷⁸.

1261. Face à ce constat relatif à la condition des solutions alternatives, l'Autorité de la concurrence souhaite intervenir plus efficacement pour sanctionner les abus dans les négociations commerciales. Le Conseil de la concurrence avait déjà exprimé, dans son avis de 1985¹⁰⁷⁹ à la suite duquel l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986¹⁰⁸⁰ avait créé l'abus de dépendance économique, la nécessité d'un meilleur traitement. Dans la même optique, l'Autorité de la concurrence profite des constats dressés dans son avis du 31 mars 2015 afin de demander au législateur d'intervenir concernant l'abus de dépendance économique « *pour en redéfinir les contours et en faciliter l'application* »¹⁰⁸¹.

Pour ce faire, elle propose essentiellement que la définition de la notion de dépendance économique soit assouplie en faisant abstraction du critère relatif à l'absence de solution

accroissement de la capacité des distributeurs à développer la MDD pour compenser d'éventuelles difficultés de négociation avec leurs fournisseurs ».

¹⁰⁷⁶ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 79, §264.

¹⁰⁷⁷ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 81, §269.

¹⁰⁷⁸ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 81, §269.

¹⁰⁷⁹ Avis de la Comm. conc., 14 mars 1985, relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs groupements, Rapport pour 1985, annexe 1, n° IX, *BOSP*, 19 avril 1985.

¹⁰⁸⁰ Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

¹⁰⁸¹ C. PECNARD, G. ROBIC, « L'autorité de la concurrence veut s'inviter dans les négociations commerciales », *AJDA*, juin 2015, p. 269.

équivalente et en proposant que les options de sorties doivent puissent être mis en oeuvre dans un « *délai raisonnable* ».

1262. Pour rectifier les lacunes mis en lumière par le constat qu'elle affiche dans son avis du 31 mars 2015, l'autorité de la concurrence propose d'assouplir les conditions de qualification de la situation de la dépendance économique.

L'Autorité de la concurrence plaide pour « *une appréciation plus circonstanciée et plus souple des critères de qualification d'une situation de dépendance économique* »¹⁰⁸². Elle souhaite que soit accordée « *dans l'analyse une place centrale à l'appréciation de la capacité de l'opérateur en situation de dépendance alléguée, de mettre en œuvre une solution de remplacement dans un délai raisonnable* »¹⁰⁸³.

1263. L'Autorité de la concurrence ne demande plus la démonstration de l'absence de solution alternative au fournisseur mais la démonstration de l'absence de solutions de remplacement dans un délai raisonnable.

Ce changement qui peut paraître minime ne l'ai pas du tout. Elle assouplit la charge de la preuve des fournisseurs. L'étude de la jurisprudence a permis de mettre en exergue qu'il est plus facile de démontrer qu'ils ont certes des options de sorties non effectives dans un délai raisonnable et donc qu'ils n'ont pas d'options de sorties que de démontrer l'absence totale de toute option de sortie.

1264. L'Autorité de la concurrence rappelle que l'aménagement proposé s'inscrit « *dans un contexte plus large qui suppose de considérer l'ensemble des autres outils à la disposition de la puissance publique pour traiter des dérives inhérentes au déséquilibre*

¹⁰⁸² Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 87, §294.

¹⁰⁸³ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 87, §294 : l'art. L.420-2 du C. com. serait complété par un al. 3 : « *Une situation de dépendance économique est caractérisée, au sens de l'alinéa précédent, dès lors que d'une part, la rupture des relations commerciales entre le fournisseur et le distributeur risquerait de compromettre le maintien de son activité ; d'autre part, le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement auxdites relations commerciales, susceptible d'être mises en œuvre dans un délai raisonnable* ».

de la relation entre fournisseur et distributeur »¹⁰⁸⁴. En effet, il faut penser le traitement de la contrainte économique dans son ensemble, en amont et aval, de manière directe et indirecte.

Cette proposition a été formulée par l'Autorité de la concurrence sur demande du gouvernement qui a malheureusement fait le choix de l'écarter du projet de loi et de la version adoptée de la loi MACRON alors même qu'elle était au coeur du constat dressé par l'Autorité de la concurrence et était l'épicentre des propositions établies.

1265. Face au silence du législateur, les juges ont apporté des éléments de réponses afin d'apprécier les situations de déséquilibre structurel.

Effectivement, en pratique les magistrats ont vite compris la nécessité d'introduire la notion de délai raisonnable pour juger de l'effectivité d'une option de sortie pour les fournisseurs. Bien que le législateur ait refusé de remplacer la condition relative à l'absence de solution équivalente par celle relative à un délai raisonnable, les juges du fond, conscient de la nécessité de cette condition, se sont arrogés la liberté de vérifier l'existence d'un délai raisonnable cette condition.

1266. L'étude de la jurisprudence permet de retenir certains enseignements.

La détermination du délai raisonnable relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui peuvent, au demeurant, s'éloigner des normes définies par des accords professionnels pour prendre en compte certaines circonstances¹⁰⁸⁵.

La détermination du délai raisonnable passe par une analyse de la situation immédiate du partenaire dépendant¹⁰⁸⁶.

Dès lors, pour déterminer le délai raisonnable d'une éventuelle option de sortie, il faut prendre en compte la possibilité pour le partenaire délaissé de réorienter son activité vers

¹⁰⁸⁴ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 90, §313.

¹⁰⁸⁵ Rouen, n° 11-00634, 14 décembre 2011.

¹⁰⁸⁶ M. GLAIS, « La sanction des abus de dépendance économique », *CCC*, Décembre 2016, n° 12.

d'autres clients, le temps nécessaire pour y parvenir et la nécessité de procéder à de nouveaux investissements à caractère irrécouvrable¹⁰⁸⁷.

1267. Les magistrats vont plus loin dans la détermination du délai raisonnable. En effet, ils retiennent systématiquement plusieurs données économiques dans la détermination du délai raisonnable afin d'être toujours plus près de la réalité économique du partenaire économique dépendant¹⁰⁸⁸.

Il faut souligner que cette évolution quant à l'appréciation souveraine des juges s'inscrit dans un mouvement bien plus général et commun au Droit qui est la prédominance des données psychologiques sur les données morales. Il s'agit de se placer du point de vue de la victime pour apprécier une forme de contrainte et l'effet sur son consentement.

1268. Aussi, les juges prennent en compte également dans la détermination du délai raisonnable le temps nécessaire pour réorienter les activités et de rechercher de nouveaux clients¹⁰⁸⁹, le nombre de contractants potentiels¹⁰⁹⁰, le pourcentage du chiffre d'affaires réalisé avec l'auteur de la rupture¹⁰⁹¹, la perte de chiffre d'affaires après la rupture¹⁰⁹² ou encore l'absence de baisse du chiffre d'affaires global quand bien même il y aurait une baisse de la part du chiffre d'affaires réalisé avec l'auteur de la pratique¹⁰⁹³, la notoriété des produits référencés et l'attachement de la clientèle à ces produits¹⁰⁹⁴, la durée de la

¹⁰⁸⁷ M. GLAIS, *op. cit.*

¹⁰⁸⁸ Dans ce sens : Aix-en-Provence, n° 09-18512, 16 février 2011 ; Versailles, n° 10-03622, 9 juin 2011 ; Versailles, n° 10-03625, 9 juin 2011 ; Angers, n° 10-02582, 18 octobre 2011 ; Paris, n° 09-23007, 26 octobre 2011 ; Nancy, n° 10-02664, 14 décembre 2011 ; Douai, n° 11-03344, 16 décembre 2011.

¹⁰⁸⁹ Com., n° 13-26414, 10 février 2015.

¹⁰⁹⁰ Riom, n° 10-01169, 23 février 2011.

¹⁰⁹¹ Bordeaux, n° 09-06884, 3 octobre 2011.

¹⁰⁹² Riom, n° 10-01169, 23 février 2011.

¹⁰⁹³ Paris, n° 10-10475, 1^{er} septembre 2011.

¹⁰⁹⁴ Rennes, n° 10-00903, 28 juin 2011 ; Rennes, n° 10-01515, 28 juin 2011.

relation¹⁰⁹⁵, la situation de l'entreprise en cause¹⁰⁹⁶, l'état du marché¹⁰⁹⁷, l'état avéré de dépendance économique¹⁰⁹⁸, le fait de respecter une clause de non-concurrence¹⁰⁹⁹.

1269. Ils prennent également en compte la nature particulière et les spécificités de certains domaines d'activité afin de déterminer un délai raisonnable en étant toujours plus proche de la réalité économique¹¹⁰⁰.

En effet, pour déterminer la durée du délai raisonnable, les juges du fond prennent en compte le fait que les produits, fruits de l'échange, sont des produits de mode vendu de façon saisonnière¹¹⁰¹, la spécificité des calendriers des commandes dans l'activité en cause¹¹⁰² (période de Noël ou durant l'été), la spécificité de la relation industrielle entre clients et fournisseurs¹¹⁰³, les dates auxquelles doivent être placées les commandes¹¹⁰⁴, l'importance des investissements engagés lorsque les produits en cause nécessitent des investissements¹¹⁰⁵, la vente de produits MDD¹¹⁰⁶, le fait que la relation a été suspendue et reprise quelques années plus tard¹¹⁰⁷.

Ainsi, les juges du fond opèrent une appréciation très rigoureuse de la détermination du délai raisonnable.

1270. En effet, ils ont fait le choix d'une application judiciaire du régime de l'abus de dépendance économique et d'une appréciation minutieuse et rigoureuse de la réalité économique à laquelle doit faire face le partenaire potentiellement victime afin de déterminer le délai raisonnable pour caractériser l'effectivité d'une option de sortie et

¹⁰⁹⁵ Bordeaux, n° 09-06884, 3 octobre 2011.

¹⁰⁹⁶ Bordeaux, n° 09-06884, 3 octobre 2011.

¹⁰⁹⁷ Bordeaux, n° 09-06884, 3 octobre 2011.

¹⁰⁹⁸ Com., n° 11-24570, 6 novembre 2011; Com., n° 13-19692, 7 octobre 2014 ; Paris, n° 09-19277, 20 janvier 2011 ; Paris, n° 10-01509, 20 janvier 2011.

¹⁰⁹⁹ Paris, n° 09-09940, 3 juin 2011.

¹¹⁰⁰ Paris, n° 08-18618, 28 avril 2011.

¹¹⁰¹ Lyon, n° 09-07185, 30 juin 2011.

¹¹⁰² Lyon, n° 09-07185, 30 juin 2011.

¹¹⁰³ Paris, n° 08-18618, 28 avril 2011.

¹¹⁰⁴ Lyon, n° 09-07185, 30 juin 2011.

¹¹⁰⁵ Paris, n° 10-08123, 31 mai 2011.

¹¹⁰⁶ Paris, n° 06-10552, 3 juillet 2009.

¹¹⁰⁷ Paris, n° 08-20279, 22 septembre 2011 ; Paris, n° 10-04833, 22 septembre 2011.

donc l'existence d'une réelle solution équivalente. Les juges disposent d'un large pouvoir d'appréciation. Tous les critères permettant de caractériser les situations de déséquilibre structurel relèvent de l'appréciation des juges. Ainsi, les situations de déséquilibre structurel sont des situations de fait purement subjectives qui reposent sur des critères eux même subjectifs. De prime abord, la peur de l'aléa et de l'insécurité juridique peut être à craindre. Cependant, les juges font une appréciation raisonnable, rationnelle voire restreinte des situations de déséquilibre structurel.

1271. Les juges tentent au maximum de rationaliser l'appréciation. En effet, ils ont recours à la méthode du faisceau d'indices pour l'appréciation de l'abus de dépendance économique.

Il a même été reproché aux juges, d'être une des causes de l'échec de l'abus dépendance économique en raison de leur appréciation jugée trop stricte de l'abus de dépendance économique¹¹⁰⁸. En effet, la DGCCRF ne répertorie que 6 décisions entre 2001 et 2009 concernant l'article L.442-6 I 2° b) du Code de commerce relative à l'abus de dépendance économique¹¹⁰⁹.

De plus, les critères sont vraiment établis et non pas déduits à l'exception du critère relatif à l'altération du jugement pour la vulnérabilité de la victime. En effet, ce n'est qu'une fois que les différents critères sont réunis que les juges retiennent l'existence d'un déséquilibre structurel.

¹¹⁰⁸ M. PEDAMON, « 20 ans de répression des abus de puissance d'achat », *RLC*, 2007.

¹¹⁰⁹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2008 ; Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2008 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2009 ; Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2009 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2010 ; D. FERRE, « Regard sur l'efficacité du titre IV du Code de commerce à l'occasion d'un bilan », *Cah. dr. entr.*, mai 2007, n° 3, dossier 13 : la faculté de Montpellier en répertorie 12 entre 2001 et 2007.

1272. Contrairement au droit de la concurrence et à la notion de position dominante et de dépendance économique, les notions de faiblesse et de vulnérabilité font l'objet d'une appréciation quasi-subjective et ce, malgré que les juges fassent preuve de rigueur dans l'appréciation de la faiblesse et de la vulnérabilité.

iii. L'appréciation des notions de faiblesse et de vulnérabilité

1273. Malgré la grande place de subjectivité dans l'abus de faiblesse, les juges font une appréciation rigoureuse et sérieuse de l'état de vulnérabilité.

En effet, bien que des cas de vulnérabilité aient été déterminés, il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement la vulnérabilité d'une personne. Il s'agit d'une appréciation *in concreto*

C'est donc par conséquent d'une appréciation relative de la vulnérabilité.

1274. Certains auraient pu préférer l'idée, au nom d'une plus grande sécurité juridique, une appréciation *in abstracto*. Il faut répondre que le Droit se doit être pragmatique et que l'appréciation *in concreto* permet une appréciation plus juste de la réalité économique. D'autant plus, dans le cas du traitement des situations de contrainte économique, notion particulièrement contextuelle.

1275. Par ailleurs, les juges font une application raisonnée de ce pouvoir d'appréciation. En effet, le pouvoir d'interprétation des juges est contraint par le champ d'application qui est limité aux notions de faiblesse et de vulnérabilité telles qu'entendu par les régimes de l'abus de faiblesse et de l'abus de vulnérabilité. De plus, les magistrats exigent fermement la démonstration d'une particulière vulnérabilité et non d'une « simple » vulnérabilité.

Il ne s'agit pas de considérer *ipso facto* que toute personne se trouvant dans un état tel qu'il est défini par l'un des textes est vulnérable, il faut dûment établir l'existence d'une particulière vulnérabilité. Autrement dit, la seule existence d'une personne âgée ou malade ne peut faire présumer l'existence d'une particulière vulnérabilité et ne pourra caractériser la faiblesse ou la vulnérabilité telle qu'exigée par ces textes.

1276. Deux exceptions méritent d'être soulevées. La première va de soi, c'est le cas de la minorité. La simple présence d'un enfant mineur fait présumer la particulière vulnérabilité de ce dernier. Une vulnérabilité qui est attachée à son jeune âge.

La seconde concernant les personnes âgées. La simple présence d'une personne âgée ne suffit à démontrer l'existence d'une vulnérabilité pourtant dès lors que ce grand âge est doublé d'une autre cause de vulnérabilité d'une déficience physique ou morale ou d'une urgence... la jurisprudence présume la particulière vulnérabilité.

1277. L'appréciation de la condition relative à l'altération du jugement. Il semblerait que les juges présumant bien souvent, dans ce cas de figure, l'existence de cette condition. Ils déduisent de la particulière vulnérabilité et de l'existence d'un acte ou d'une abstention particulièrement préjudiciable que la personne n'a pas pu déceler les ruses ou n'a pas conscience de la portée des engagements qu'elle a pris.

1278. Ainsi, les magistrats disposent d'un très large pouvoir d'appréciation de la notion de faiblesse ou de vulnérabilité. Effectivement, tous les critères caractérisant la notion de faiblesse ou de vulnérabilité sont appréciés par les juges : le critère vulnérabilité que ce soit à travers l'existence ou non d'une personne vulnérable, celui de savoir si cette personne est particulièrement vulnérable ou si elle est « simplement » vulnérable, si cette particulière vulnérabilité l'a empêchée d'avoir conscience de la portée de ses engagements. Toutefois, les juges font une utilisation raisonnable et rigoureuse de leur pouvoir d'appréciation. Ils sont donc le fruit d'une appréciation relative et subjective des magistrats.

1279. Il en est autrement pour l'appréciation de l'exploitation abusive qui est la condition primordiale et absolue à la caractérisation d'une situation de contrainte économique. L'importance de cette condition impose une analyse sérieuse.

2. L'EXISTENCE PRIMORDIALE D'UNE EXPLOITATION ABUSIVE DU DÉSÉQUILIBRE STRUCTUREL

1280. La contrainte économique se définit comme étant l'abus d'un déséquilibre structurel. Aussi, l'exploitation abusive, autrement dit, l'abus est l'une des composantes phare de la notion de contrainte économique si ce n'est la plus importante.

L'exploitation abusive est la marque de l'illégitimité et de l'illicéité de la contrainte économique.

1281. Pourtant, la notion d'abus n'est pas définie par le législateur qui ne donne pas non plus de critère pour le caractériser. Face aux manquements du législateur, les juges sont intervenus pour donner des éléments de réponses.

1282. Afin d'apprécier les raisons de l'échec du traitement de la contrainte économique et compléter l'étude des conditions explicites nécessaires à la notion de contrainte économique, il faut, d'abord, analyser et comprendre l'abus tel qu'il est retenu par les différents régimes traitant de la contrainte économique (a). Puis, il faudra revenir sur l'appréciation qu'en font les juges en pratique (b).

a. L'abus de la contrainte économique : un abus de fait

1283. L'abus est la deuxième condition commune à tous les régimes retenant la contrainte économique.

L'abus est le critère essentiel et central de la contrainte économique. Il donne la nature délictuelle à la contrainte économique.

1284. Par ailleurs, il convient de souligner que l'exigence d'apporter la preuve de l'exploitation d'une situation de déséquilibre des forces économiques marque des différences existantes entre la contrainte économique et le régime de la lésion où l'unique déséquilibre contractuel suffit à caractériser un contrat de lésionnaire. La contrainte économique n'est pas un instrument de l'équilibre contractuel¹¹¹⁰. Il ne sanctionne pas un déséquilibre contractuel ou un déséquilibre structurel mais l'exploitation abusive d'un déséquilibre structurel.

1285. La définition de l'abus dans la contrainte économique. Bien que l'exploitation abusive soit une condition commune à tous les régimes traitant de la contrainte économique, le législateur n'a donné aucune définition, ni aucun critère de l'abus.

A défaut de définition légale, la doctrine et les magistrats tendent de dégager des éléments de définition et des critères d'appréciation de l'abus.

1286. Effectivement, la doctrine a tenté de définir la notion de l'exploitation abusive dans la contrainte économique.

¹¹¹⁰ Dans le sens contraire : J. TREILLARD, « La violence comme vice du consentement en droit comparé », in *Mélanges de Droit, d'Histoire, et d'Economie offerts à M. Laborde-Lacoste*, éd. Bière, 1963, p. 419.

Le dictionnaire du Doyen CORNU définit l'abus comme étant « *l'exploitation outrancière d'une situation de fait, la mise à profit d'une position de force souvent au détriment d'intérêts plus vulnérables* »¹¹¹¹.

La doctrine en la matière¹¹¹² retient que le législateur entend par l'abus un usage excessif et mauvais.

1287. Ne devrait-il pas s'agir de ruses, de manœuvres, de représailles, de menaces ? D'autant plus que le régime du droit pénal requière un abus frauduleux. C'est en effet, ce qu'a retenu la jurisprudence qui tend de déterminer des critères d'appréciation.

1288. L'étude de la jurisprudence montre que les juges estiment que le comportement abusif de l'auteur est démontré quand il existe des manœuvres frauduleuses, des pressions morales exercées, contraintes, des ruses ou artifices¹¹¹³. D'autant plus, que le législateur voulait une disposition législative sanctionnant les « manipulations morales ».

Toutefois, certaines juridictions admettent également que l'abus est démontré en cas de simple mensonge ou promesses fallacieuses¹¹¹⁴. C'est une interprétation large et extensive de la lettre du texte qui peut poser problème en présence d'une répression pénale en raison de l'interprétation stricte du droit pénal.

1289. Par ailleurs, il convient de retenir que l'abus de la situation de faiblesse ou d'ignorance rappelle sans conteste la notion de dol et de violence. Il semblerait que ces notions classiques du droit civil soit au cœur même de la notion d'abus tel qu'il est entendu dans l'article 223-15-2 du Code pénal et dans les articles L.121-8 à L.121-10 du Code de la consommation. Par ailleurs, le fondement de l'abus de faiblesse est l'abus de

¹¹¹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., coll. Quadrige dicos poche, P.U.F., Paris, 2011 ; G. RAYMOND, « Les abus de faiblesse », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2002, n° 71, p. 33.

¹¹¹² C. AMBROISE-CASTEROT, *Droit pénal spécial et des affaires*, 2^{ème} éd., coll. Master, Gualino-Lextenso éditions, Paris, 2010, p. 130.

¹¹¹³ J.-H. ROBERT, H. MATSOPOULOU, *Traité de Droit pénal des affaires*, coll. Droit Fondamental, P.U.F., Paris, 2004, p. 79.

¹¹¹⁴ Agen, 14 janvier 1999, *JurisData* n° 1999-042657.

confiance et le régime de l'escroquerie : on voit bien le rapprochement voire la parenté avec les notions de dol, de manœuvres, de mensonges.

Ainsi, l'abus est forcément un comportement illégitime, illicite, à défaut la situation de contrainte économique ne serait pas sanctionnable.

1290. Bien que le législateur ne donne pas de définition de l'abus, il a apporté des précisions sur le comportement abusif de l'auteur de la contrainte économique.

En effet, en droit de la consommation, le législateur détermine les circonstances dans lesquelles l'abus devra avoir lieu.

1291. Les abus sanctionnés sont ceux qui ont lieu lors d'un démarchage à domicile. D'autres circonstances ont été ajoutées par la suite à la loi n°92-60 du 18 janvier 1992 codifié à l'article L.121-9 du Code de consommation.

Sont, ainsi, visés le démarchage par téléphone ou télécopie, à la suite d'une sollicitation personnalisée, sans que cette sollicitation soit nécessairement nominative, à se rendre sur un lieu de vente, effectuée à domicile et assortie de l'offre d'avantages particuliers ; soit à l'occasion de réunions ou d'excursions organisées par l'auteur de l'infraction ou à son profit ; soit lorsque la transaction a été faite dans des lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé ou dans le cadre de foires ou de salons ; soit lorsque la transaction a été conclue dans une situation d'urgence ayant mis la victime de l'infraction dans l'impossibilité de consulter un ou plusieurs professionnels qualifiés, tiers ou contrat¹¹¹⁵.

1292. De même, concernant l'abus de dépendance économique, le législateur renvoie à une liste non exhaustive de pratiques et de comportements constitutifs de l'abus. En effet,

¹¹¹⁵ Art. L.121-9 1°, 2°, 3°, 4°, 5° du C. cons.

*« 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 »*¹¹¹⁶.

1293. Certains abus sont propres à la dépendance du fournisseur ou du distributeur. En effet, selon qu'il s'agit d'une dépendance du fournisseur, les abus sont différents : pour la dépendance du fournisseur, l'abus peut se matérialiser par le refus de vente ou de livraison, des pratiques discriminatoires. Pour la dépendance du distributeur, l'abus peut s'illustrer par une discrimination, par la menace d'un déférencement.

1294. Mises à part ces rares exceptions, le législateur étant resté silencieux, la jurisprudence est intervenue pour préciser la notion d'abus.

Concernant l'abus de position dominant, il existait deux types d'abus : l'abus de comportement et l'abus de structure.

1295. L'abus de structure était beaucoup critiqué car il visait davantage à sanctionner tout comportement de l'entreprise en position dominante dès lors que la structure de la concurrence est atteinte.

A la suite d'une évolution jurisprudentielle, seul l'abus de structure aménagé c'est-à-dire un abus de structure avec un élément de l'abus de comportement est retenu. Le critère emprunté à l'abus de comportement rend plus « juste » la théorie de l'abus de structure. Ce critère est le comportement compétitif anormal¹¹¹⁷.

1296. L'abus de la position dominante doit être étudié en fonction de la relation dans laquelle il s'inscrit : relation verticale ou horizontale.

¹¹¹⁶ Art. L.420-2, al. 2 du C. com.

¹¹¹⁷ CJCE, aff. 85/76, 13 février 1979, Hoffman-La Roche & Co. AG c/ Commission des Communautés européennes, *Rec.*, 1979, p. 461. Pour le régime antérieur : CJCE, aff. 6/72, 21 février 1973, Continental Can c/ Commission, *Rec.*, 1973, p. 215.

S'agissant de l'abus dans les relations verticales, les juges déterminent l'abus¹¹¹⁸ comment pouvant être des conditions anormales imposées aux clients, des conditions discriminatoires, exclusivité, ventes liées, fidélisation des partenaires par les rabais...

S'agissant de l'abus dans les relations horizontales, l'abus est défini par les juges uniquement comme étant un comportement anormal.

1297. Concernant la violence économique, la Cour de cassation dans l'arrêt du 3 avril 2002 et plus récemment le gouvernement dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats¹¹¹⁹ qui entérine le régime prétorien de la violence économique, requièrent bien la démonstration de l'existence d'une exploitation abusive.

1298. La solution rendue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 3 avril 2002 et par le gouvernement dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats¹¹²⁰ a pu susciter un espoir car la Cour de cassation se réfère à « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique* ». C'est une rédaction très proche de celle des droits spéciaux, droit de la concurrence, droit de la consommation mais qui n'est pas teintée du particularisme de ces droits.

1299. Ainsi, plusieurs auteurs ont souligné le rôle joué par le droit de la concurrence qui permet, ici, non pas de « *perturber le droit des contrats* » ou de le « *contaminer* » mais de le faire évoluer¹¹²¹.

¹¹¹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006, p. 222.

¹¹¹⁹ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

¹¹²⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

¹¹²¹ A. BRUDER, « Le retrait du projet de la loi définissant la notion de ventes agressives : la fin d'un nouveau souffle pour la notion de violence économique ? », *RLDC*, 2007 ; B. MONTELS, « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.*, 2002, p. 417.

1300. Toutefois très peu de précisions sont apportées concernant l'abus au sein de la violence économique. Ce terme soulève de nombreuses questions : qu'est-ce qu'un abus ? Quand est-ce qu'il y a abus ? Comment caractériser un abus ? Quels sont les critères pour caractériser un abus ? Il appartiendra à la jurisprudence d'apporter ces éléments de réponse.

1301. Il faut noter que les juges rapprochent les notions de pressions économiques qui caractérisent traditionnellement la violence à la notion d'abus, notion familière des droits spéciaux. Donc, pour la Cour de cassation, les pressions économiques se traduisent par un abus¹¹²².

La notion d'abus est plus large, plus subjective, plus souple, et donc plus à même d'appréhender les situations de contrainte économique.

1302. L'élément intentionnel de l'abus dans la contrainte économique. Il convient de souligner que la démonstration de l'abus est conditionnée à la démonstration d'un élément intentionnel.

1303. En effet, il faut démontrer l'existence de l'élément intentionnel c'est-à-dire de l'élément délictuel.

La notion même d'abus suppose l'existence d'un élément intentionnel. En effet, l'abus porte en lui la volonté de nuire, l'élément intentionnel délictuel, à défaut de sanctionner une négligence ou une imprudence. L'auteur est au courant de la situation de faiblesse de la victime et décide d'en tirer profit malgré tout afin d'en retirer un avantage injustifié, excessif, sans contrepartie réelle.

¹¹²² B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique », *D.*, 2001, chron. p. 2315 : la Cour de cassation exige également la démonstration du caractère illégitime des menaces.

1304. Il faut souligner, ici, que la théorie de l'abus de droit repose sur deux fondements. L'abus de droit repose soit une intention de nuire ; soit il repose, comme l'avait développé, Louis JOSSERAND¹¹²³, sur un détournement de la fonction sociale de la prérogative juridique.

Bien qu'il s'agisse d'un abus de fait, l'abus dans la contrainte économique repose sur la notion d'intention délictuelle. L'approche de l'abus via la théorie du détournement de la fonction sociale ne peut pas s'appliquer au cas d'une prérogative de pouvoir. En effet, quelle est la fonction sociale d'une puissance économique ? Et a fortiori, quelle est la fonction sociale d'une vulnérabilité ou de faiblesse ? Il semble impossible d'affirmer qu'une prérogative de pouvoir ait une fonction sociale. Aussi, cette approche n'est pas retenue par les présents travaux pour déterminer l'abus dans la contrainte économique.

1305. Effectivement, les régimes traitant la contrainte économique exigent la démonstration de la condition relative à l'intention délictuelle qui est, ici, sous-jacente à l'abus.

Il convient de noter que l'intention délictuelle est rarement une condition expresse posée par les différents régimes traitant de la contrainte économique. Elle est le plus souvent induite.

C'est le cas pour le droit de la consommation. L'article L.121-8 du Code de consommation précise qu' « *est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte* ». Ainsi, la condition relative à l'intention délictuelle est requise de manière implicite. Contrairement au droit pénal où le législateur a précisé que la vulnérabilité de la personne devrait être « *apparente et connue de l'auteur* »¹¹²⁴, ici le législateur ne fait pas référence

¹¹²³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur réactivité : Théorie dite de l'abus des droits*, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006.

¹¹²⁴ Art. 223-15-2, al. 1^{er} du C. pén.

à l'intention délictuelle¹¹²⁵. Cependant, une jurisprudence constante a affirmé, à juste titre et de manière claire, l'obligation d'apporter, en droit de la consommation, la preuve de l'élément intentionnel.

1306. Plus précisément, il faut démontrer la connaissance de l'état de vulnérabilité de la victime par l'auteur et la volonté d'abuser de cette vulnérabilité. Il faut noter à titre indicatif que ce doublon de condition est critiquable, en effet, la démonstration de la volonté d'abuser de la vulnérabilité nécessite forcément sa connaissance au préalable.

La vulnérabilité doit être connue et/ou apparente, à défaut, l'infraction ne sera pas retenue, exception faite des mineurs dont la vulnérabilité est présumée de leur jeune âge. Il s'agit d'un délit intentionnel qui exclut donc la sanction en cas d'imprudence ou de négligence de la part de l'auteur. Ce qui est opportun et légitime au regard de la notion d'abus qui sous-entend un comportement teinté d'intention délictuelle.

1307. Il faut démontrer que l'auteur avait la volonté de tirer profit de la vulnérabilité de la personne. En effet, la démonstration de l'abus doit être complétée par un élément intentionnel qui traduit la volonté de réaliser une « bonne affaire » au détriment de la victime¹¹²⁶. Il faut démontrer que l'auteur a eu la volonté de profiter de la situation de faiblesse de la victime pour imposer à la victime un engagement ou une abstention gravement préjudiciable pour cette-dernière.

1308. Il faut souligner que le caractère « frauduleux » de l'abus caractérise non seulement l'exigence d'un dol général (acte ou engagement gravement préjudiciable) mais également celle d'un dol spécial (la volonté de causer un préjudice à la victime)¹¹²⁷. Mais il semble que l'auteur de la contrainte économique souhaite davantage tirer profit que

¹¹²⁵ Crim., 6 septembre 2005, *JurisData* n° 2005-029826, CCC, décembre 2005, n° 12, obs. G. RAYMOND ; Paris, 10 et 11 janvier 2005, *Juris-Data* n° 2005-275619, CCC, 2005, comm. 195 ; E. BAZIN, « De l'abus de faiblesse en droit de la consommation », *RLDA*, 2007.

¹¹²⁶ G. RAYMOND, « Les abus de faiblesse », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2002, n°71, p. 33.

¹¹²⁷ R. OTTENHOF, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable », *RSC*, 1997, p. 110.

porter atteinte à la victime. La nécessité de démontrer le caractère frauduleux dans le dol spécial paraît peu pertinente.

1309. De même, le législateur exige la démonstration de l'élément intentionnel pour l'abus de position dominante et pour l'abus de dépendance économique. Bien qu'elle ne soit pas une condition expresse dans ce cas, elle est nécessaire car l'intention de nuire porte en elle, la nature délictuelle et donc la raison de la sanction de la contrainte économique.

En droit de la concurrence, le terme « *a pour objet ou pour effet* » expliquerait l'absence d'intention délictuelle. Cette explication prendrait tout son sens mais pour cela encore faut-il qu'elle soit légitime et opportune. Or, ici, la condition relative à l'atteinte à la concurrence n'est pas légitime au regard de la finalité de la contrainte économique. Elle s'explique par la finalité du droit de la concurrence : la protection de la concurrence et du marché. Le but initial de l'abus de position dominante est la protection du consentement des partenaires économiques faibles.

Cette condition n'est ni légitime ni opportun au vu du traitement de la contrainte économique car elle reviendrait à sanctionner un comportement licite qui a seulement pour effet, sans aucune intention de nuire, de modifier le fonctionnement de la concurrence. Cette condition est, difficilement, compréhensible en droit de la concurrence en raison de ses objectifs, elle est envisageable dans le cadre de la lutte contre la contrainte économique.

1310. Il en est de même pour la violence économique. La condition relative à l'intention délictuelle n'est pas expressément requise. Toutefois, au vu de l'esprit du régime de la violence économique et de celui du vice traditionnel de violence, la Cour de cassation réclame la preuve d'une intention d'exploiter la situation de dépendance économique c'est-à-dire une intention délictuelle¹¹²⁸, notion sur laquelle se fonde la violence

¹¹²⁸ Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *JCP*, 24 janvier 2001, n°4, II, 10461, obs. G. LOISEAU, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ».

économique. Il faut donc démontrer une intention délictuelle pour caractériser l'abus dans le régime de la violence économique.

1311. La nature de l'abus dans la contrainte économique. A l'issue de l'étude des différentes définitions de l'abus données par les différents régimes, il en ressort que l'abus retenu par ces régimes est un abus de fait.

1312. Il fait l'objet d'une appréciation relative.

1313. L'abus « *peut procéder du seul rapport de force des parties en présence lorsque l'une d'elles, profitant déloyalement de sa situation de domination, contraint l'autre à contracter à des conditions qu'elle n'est pas en mesure de refuser mais auxquelles elle n'aurait jamais accepté de s'engager si elle en avait le choix* »¹¹²⁹. Il peut s'agir aussi de « *l'exploitation de circonstances défavorables, extérieures aux relations nouées ou à nouer, qui altèrent la liberté de contracter de l'un et dont l'autre profite indûment* »¹¹³⁰.

Ainsi, ici, l'abus est un abus de pouvoir c'est-à-dire un abus d'une situation de fait qu'est la configuration structurelle des contractants, autrement dit, du déséquilibre structurel qui caractérise leur relation.

1314. Il s'agit d'un abus de fait qui nécessite donc une prérogative de pouvoir que le contractant va exploiter (économique ou non-économique mais toujours fait dans un but économique). C'est l'abus d'une situation de fait et non d'un abus de droit. Il ne relève donc pas de la théorie de l'abus de droit.

¹¹²⁹ G. LOISEAU, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et patri.*, septembre 2002, n° 107.

¹¹³⁰ G. LOISEAU, *op. cit.*

1315. L'abus, ici, est de nature économique en ce sens que l'auteur adopte ce comportement abusif dans un but purement économique. L'auteur cherche à tirer profit au maximum de la victime. L'abus est réalisé dans le but de pousser la victime à adopter un certain comportement qui sera un engagement ou une abstention qui sera financièrement et économiquement favorable à l'auteur.

Cette nature peut expliquer la raison pour laquelle le législateur ne donne jamais de définition de l'abus et encore moins de critère pour le déterminer. Il semble bien difficile de définir un abus aussi contextuel que celui de l'abus dans la contrainte économique.

1316. De même, la nature contextuelle de l'abus a un impact important sur l'appréciation de l'abus en pratique. En effet, il semblerait que la nature contextuelle de l'abus explique également, du moins en partie, que les magistrats ont tendance à présumer l'existence de l'abus dans le cadre d'une situation de contrainte économique.

b. L'appréciation libre de l'abus : un abus présumé

1317. L'existence de l'abus est appréciée souverainement par les juges du fond. En effet, face au silence du législateur, les magistrats ont tenté de déterminer et d'apprécier autant que faire se peut l'abus. Or, en l'absence de critères intrinsèques permettant de caractériser l'abus, les magistrats ont recours à des éléments extrinsèques à l'abus pour l'apprécier.

1318. Ainsi, dans tous les régimes étudiés, l'abus est déduit voire présumé soit, mais rarement, de l'intention délictuelle, soit, plus fréquemment, d'un déséquilibre structurel et d'un résultat c'est-à-dire des conséquences d'un déséquilibre structurel.

Le Professeur Didier FERRIER souligne que l'abus est défini non pas par ses modalités mais par son résultat¹¹³¹.

1319. S'agissant de l'abus de position dominante, à l'exception des abus dans les relations verticales où les juges établissent réellement l'abus¹¹³², l'abus, en droit de la concurrence pour régie de l'abus de position dominante est déduit.

En effet, pour l'abus dans les relations horizontales, les juges déduisent son existence de l'effet de l'abus c'est-à-dire de l'éviction d'un concurrent sur le marché ou de l'existence de barrières à l'entrée du marché.

Selon le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE, l'abus peut même être déduit de l'intention d'éviction. Et, *a contrario* l'abus et ses conséquences peuvent déduire l'existence de l'intention. L'intention est alors déduite de l'existence d'une éviction qui n'a pas de justification objective¹¹³³.

1320. A ce stade, il convient de s'attarder sur la théorie des facilités essentielles. Il y aura abus de position dominante. Lorsque l'entreprise refuse l'accès à des facilités c'est-à-dire des structures sans justification objective et quand elle accepte à des conditions disproportionnées.

Dans le premier cas, l'abus est le refus sans justification objective, et il est déduit du refus sans justification objective qui aboutit sur l'éviction ou la perte d'une clientèle, l'intention est également déduite du résultat : l'éviction ou la perte d'un client.

¹¹³¹ D. FERRIER, D. FERRE, « La réforme des pratiques commerciales », *D.*, 2008, p. 2234.

¹¹³² M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006, p. 222.

¹¹³³ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 228.

Dans le second cas, l'abus est illustré par l'existence de conditions disproportionnées. L'intention délictuelle est présumée c'est-à-dire déduite de l'abus donc de l'existence de conditions disproportionnées.

1321. Ainsi, les abus dans les relations verticales est subjectif en ce sens qu'il est apprécié par les magistrats. En effet, ils vont apprécier les conditions sont considérées comme étant anormales ou discriminatoires. Mais l'abus est établi c'est-à-dire que son existence est démontrée.

A contrario, les abus dans les relations horizontales sont pour la plupart déduits de l'effet sur la structure de la concurrence. Ainsi, il s'agit d'abus objectifs. Ils sont déduits c'est-à-dire présumés.

1322. Par ailleurs, l'intention abusive n'est pas toujours établie. L'élément moral est souvent présumé. Il existe deux types de pratiques : celles dont l'effet est d'accroître la dépendance du partenaire et celles dont l'objet est d'accroître la dépendance de leur partenaire.

Pour les pratiques dont l'effet est d'accroître la dépendance de leur partenaire, l'intention est déduite de l'effet néfaste de l'abus c'est-à-dire le renforcement de la dépendance économique. Pour les pratiques dont l'objet est accroître la dépendance, l'intention est déduite du comportement abusif (exclusivité, ventes liées, fidélisation des partenaires par le rabais...).

1323. S'agissant de l'abus de faiblesse, les juges déduisent fréquemment le comportement abusif de l'auteur de la contrainte économique de l'existence d'un engagement ou d'une abstention gravement préjudiciable.

En effet, la présence de tels engagements en présence d'une personne particulièrement vulnérable fait présumer l'existence d'un comportement abusif et par la même celle de l'élément intentionnel.

1324. Ainsi, les magistrats déduisent souvent le comportement abusif de l'auteur du résultat et de l'existence de la vulnérabilité de la victime. Autrement dit, de l'existence d'un déséquilibre structurel¹¹³⁴. Alors même que le résultat est la conséquence directe du comportement abusif. Un parallèle peut être fait avec l'abus de dépendance économique où l'abus est également déduit d'un résultat¹¹³⁵. Pourtant, au regard de la caractérisation du droit pénal, l'abus ne devrait pas être présumé mais établi.

1325. Par ailleurs, l'élément intentionnel pose quelques difficultés quant à sa preuve. Les juges reconnaissent que les professionnels ne sont pas toujours aptes à déceler la vulnérabilité du consommateur. Ainsi, ils déduisent souvent l'existence de l'élément moral des circonstances de l'abus¹¹³⁶ et notamment des manœuvres dès qu'elles mettent en lumière l'intention de profiter de la vulnérabilité d'une personne¹¹³⁷.

1326. Enfin, l'abus au sein de la violence économique est également présumé. En effet, l'appréciation de l'abus par les magistrats se fait de la même manière que l'appréciation des abus dans les différents droits spéciaux à savoir que l'abus est déduit de l'existence d'une situation de dépendance économique et de l'existence concomitante d'un déséquilibre contractuel. Ainsi, l'abus est déduit de ses effets et d'un rapport de force économique inégal¹¹³⁸.

¹¹³⁴ J.-H. ROBERT, H. MATSOPOULOU, *Ibid*, p. 80 ; Grenoble, 2 novembre 1995, CCC, avril 1996, n° 74, obs. G. RAYMOND ; Paris, 13 mai 1996, CCC, octobre 1996, n° 178, obs. G. RAYMOND.

¹¹³⁵ D. FERRIER, D. FERRE, « La réforme des pratiques commerciales », *D.*, 2008, p. 2234.

¹¹³⁶ Crim., 6 septembre 2005, CCC, décembre 2005, n° 12, obs. G. RAYMOND.

¹¹³⁷ Toulouse, 8 novembre 2001, *JurisData* n° 2001-161114 ; Aix-en-Provence, 18 janvier 2000, *JurisData* n° 2000-113165 ; Paris, 28 février 1990, *Juris-Data* n° 1990-022382 ; Poitiers, 10 septembre 1987, *Juris-Data* n° 1987-043567.

¹¹³⁸ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Depris c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*, *L.P.A.*, 22 novembre 2000, n° 233, p. 18, obs. S. SZAMES, « La violence économique : vice du consentement ? » ; Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*, *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2003, n° 25, p. 18, obs. J. ROVINSKI, « Contrats et obligations » ; M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique », *L.P.A.*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

En effet, la violence économique s'apprécie « *moins en considération de l'acte de déloyauté in se et per se que de son résultat sur l'économie du contrat et sur son équilibre. L'abus est en effet, indissociable du profit indûment retiré, c'est-à-dire de l'avantage excessif que son auteur s'octroie en exploitant l'état du contractant* »¹¹³⁹.

Ainsi, l'abus est déduit de l'existence d'un déséquilibre structurel et d'un déséquilibre contractuel, la Cour de cassation apprécie également, pour appréhender l'abus, le comportement de l'auteur lors de la formation du contrat¹¹⁴⁰. Ainsi, l'abus est déduit la plupart du temps de la cause de l'abus d'un déséquilibre structurel et de la conséquence de l'abus d'un résultat. Il est déduit de ces circonstances qui l'entourent.

1327. Toutefois, la présence d'une situation de déséquilibre structurel et d'un déséquilibre contractuel, bien qu'ils soient des indices et requièrent une grande intention quant à l'existence d'une situation de contrainte économique, le cumul des deux n'est pas suffisant pour retenir l'existence d'une contrainte économique. En effet, le déséquilibre contractuel peut relever d'une stratégie de négociation contractuelle. Mais les magistrats présumant l'abus malgré tout dans le cas où le comportement de la victime en temps normal ne s'explique que par l'abus et en temps normal elle n'aurait jamais pu accepter un tel engagement.

1328. En définitive, l'abus de la contrainte économique est un abus présumé et non caractérisé. En théorie, l'abus de la contrainte économique doit être caractérisé. Mais en pratique, en raison de la difficulté d'apporter la preuve de l'abus lui-même, les magistrats ont tendance à présumer l'existence de l'abus. Effectivement, l'abus est présumé par la cause de son origine (le déséquilibre structurel) et par la preuve de ses effets (le résultat, autrement dit, l'avantage ou l'abstention). Dans la pratique, les magistrats présumant l'abus dès lors que la preuve de la cause (le déséquilibre structurel) et celle de l'effet de l'abus (le résultat) est démontrée. Il appartient à l'auteur de la contrainte économique de démontrer qu'il n'y a pas d'exploitation abusive du déséquilibre structurel ou qu'il y a

¹¹³⁹ G. LOISEAU, *Ibid.*

¹¹⁴⁰ D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », *D.*, 2002, p. 2844.

exploitation mais une exploitation qui est « normale » dans le sens où elle est le fruit du jeu commercial normal.

Ainsi, l'abus est largement laissé à l'appréciation des juges. Or, en raison du manque de précisions du législateur quant aux critères permettant de caractériser le comportement abusif, les magistrats déduisent l'abus d'éléments extrinsèques et particulièrement des circonstances de cet abus.

1329. Après avoir analysé les conditions communes évidentes retenues par les régimes connaissant de la contrainte économique, il convient de rappeler l'exigence, certes induite mais essentielle, d'apporter la preuve du lien de causalité et d'un résultat de l'exploitation abusive de la configuration structurelle caractérisant la relation entre l'auteur et la victime de la contrainte économique.

B. LES CONDITIONS COMMUNES INDUITES AU TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1330. Les régimes traitant de la contrainte économique reconnaissent tous, de manière implicite, la nécessité d'apporter la preuve d'un lien de causalité entre le déséquilibre structurel et l'exploitation abusive (1) et celui d'un résultat de l'exploitation abusive (2).

1331. Certes, ces conditions sont requises, de manière implicite, par les régimes traitant de la contrainte économique mais elles ont un rôle essentiel dans la qualification de la contrainte économique. Il convient donc d'analyser ces conditions ainsi que leur application en pratique afin de mieux comprendre les raisons de l'échec du traitement actuel de la contrainte économique.

1. L'EXISTENCE REQUISE D'UN LIEN DE CAUSALITÉ

1332. Les régimes traitant la contrainte économique exigent tous la démonstration d'un lien de causalité entre le déséquilibre structurel et l'exploitation abusive.

Cette condition n'est pas établie et elle n'est pas reconnue en tant que condition au même titre que le déséquilibre structurel ou que l'abus, toutefois, elle est tout aussi essentielle à la caractérisation d'une situation de contrainte économique.

1333. En effet, bien que les régimes ne requièrent pas explicitement un lien de causalité comme étant une condition de la contrainte économique, cette condition est clairement exigée. La lettre et l'esprit de ces régimes mettent en exergue la nécessité d'apporter la preuve du lien de causalité.

Ainsi, l'article L.121-8 du Code de consommation relatif au régime de l'abus de faiblesse déclare qu'« *est interdit le fait d'abuser **de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit (...)*** »¹¹⁴¹.

1334. De même, l'abus frauduleux de faiblesse déclare qu'« *est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende l'abus frauduleux **de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables*** »¹¹⁴².

¹¹⁴¹ Art. L.121-8 du C. cons.

¹¹⁴² Art. 223-15-2 du C. pén.

L'alinéa 1^{er} de l'article L.420-2 du Code de commerce est rédigé en ces termes : « *est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante (...)* »¹¹⁴³.

L'alinéa 2nd de l'article L.420-2 du Code de commerce déclare qu'« *est en outre prohibée, 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* »¹¹⁴⁴.

1335. L'ancien article L.442-6, I, 2^o, b du Code de commerce relatif au régime de l'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence déclarait qu' : « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan d'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* »¹¹⁴⁵.

1336. Dans un arrêt du 3 avril 2002, la Cour de cassation prévoit 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* »¹¹⁴⁶.

De plus, le régime légal de la violence économique consacré à l'article 1143 du Code civil prévoit qu'« *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* »¹¹⁴⁷.

¹¹⁴³ Art. L.420-2, al. 1^{er} du C. com.

¹¹⁴⁴ Art. L.420-2, al. 2nd du C. com.

¹¹⁴⁵ Ancien art. L.442-6, I, 2^o, b du C. com. (sous la loi NRE).

¹¹⁴⁶ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas.

¹¹⁴⁷ Art. 1143 du C. civ.

1337. Ainsi, à la lecture de ces textes et en conformité avec l'esprit de la notion de contrainte économique, il semblerait que l'abus doit être un comportement que l'entreprise n'aurait pas pu réaliser et imposer à la victime sans l'existence d'un déséquilibre structurel.

Ainsi, il semblerait qu'un lien de causalité entre le déséquilibre structurel et l'abus qui en ait fait devrait être démontré. En effet, il s'agit de sanctionner à travers la contrainte économique l'exploitation abusive d'un déséquilibre structurel.

Par ailleurs, la démonstration du lien de causalité est nécessaire car, à défaut, cela reviendrait à sanctionner au titre de la contrainte économique un simple déséquilibre structurel car il donne lieu à un profit, un avantage excessif ou un déséquilibre contractuel. Ce qui n'est pas le but de la contrainte économique.

Seuls seront sanctionnés au titre de la contrainte économique les comportements pour lesquels le lien de causalité est démontré entre le déséquilibre structurel et l'abus qui en ait fait.

1338. Les régimes traitant de la contrainte économique exigent que soit apporté la preuve d'un résultat c'est-à-dire que l'existence d'une manifestation de l'exploitation abusive du déséquilibre structurel doit être prouvée afin de qualifier une situation de contrainte économique. Toutefois, il faut noter qu'il y a également un lien de causalité entre l'abus d'un déséquilibre structurel et le résultat. La démonstration de ce lien de causalité est induite dans la démonstration de l'existence d'un résultat.

2. L'EXISTENCE ORDONNÉE D'UN RÉSULTAT DE L'EXPLOITATION ABUSIVE

1339. Les différents régimes traitant de la contrainte économique retiennent tous une dernière condition pour caractériser une situation de contrainte économique. Ils exigent la démonstration du résultat de l'exploitation abusive d'un déséquilibre structurel.

Toutefois, le résultat demandé est différent d'un régime à un autre mais cette condition répond à la même logique.

1340. En droit de la consommation, l'abus de faiblesse sera retenu si le comportement abusif conduit à pousser la victime à souscrire « *des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit* »¹¹⁴⁸ ou « *pour se faire remettre, sans contreparties réelles, des sommes en numéraire ou par virement, des chèques bancaires ou postaux, des ordres de paiement par carte de paiement ou carte de crédit ou bien des valeurs mobilières* »¹¹⁴⁹. Il faut noter que la jurisprudence fait une application très restrictive de la notion d'engagement car elle n'entend par cette notion que les contrats de vente.

1341. D'abord, le résultat requis par le régime limite très fortement le champ d'application de l'abus de faiblesse et donc la lutte contre la contrainte économique.

Puis, la protection du consentement d'une personne vulnérable doit avoir lieu en toutes circonstances peu importe que le comportement abusif aboutisse à un acte ou à une abstention, à un engagement et que cet engagement soit sans contrepartie ou déséquilibré. Cela n'a pas d'importance, le résultat devrait avoir un champ d'application le plus large possible dans le cadre de la protection de l'intégrité du consentement de la victime. Peu importe le caractère ou la manifestation de la contrainte économique, dès lors qu'il y a un résultat la contrainte économique est caractérisée. Le but est de ne pas sanctionner les

¹¹⁴⁸ Art. L.121-8 du C. cons.

¹¹⁴⁹ Art. L.121-10 du C. cons.

tentatives de contrainte économique afin d'éviter de vider la matière contractuelle de son essence (liberté contractuelle, liberté de contracter, de choisir ses partenaires, de contracter aux termes souhaités, force obligatoire des contrats...) et d'assurer un équilibre entre la lutte contre la contrainte économique et la sécurité juridique. Autrement dit, entre la liberté contractuelle, la justice contractuelle et la sécurité juridique.

Dès lors, le champ d'application ne doit pas avoir pour conséquence de limiter le traitement de l'abus de faiblesse.

1342. En droit pénal, il faut « *un acte ou une abstention qui lui soit gravement préjudiciable* ».

Le préjudice peut être d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial voire moral. En effet, le simple fait que la victime voit son consentement vicié devrait être constitutif d'un préjudice moral¹¹⁵⁰.

1343. L'exigence de la gravité du préjudice est une question de pur fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges¹¹⁵¹. La jurisprudence fait une interprétation extensive car elle se contente de l'existence d'un simple préjudice éventuel¹¹⁵².

Cette interprétation n'est pas légitime au regard de l'interprétation stricte de la loi pénale, d'autant plus qu'elle crée de l'insécurité juridique. Pourtant, elle est opportune car elle permet d'élargir le champ d'application de la répression qui ne se contente plus de protéger uniquement le consentement lorsque son exploitation abusive aboutit à un acte gravement préjudiciable. Ainsi, elle améliore la lutte contre la contrainte économique. De plus, elle est également légitime au regard de la lutte contre la contrainte économique et la logique de la lutte contre la contrainte économique.

¹¹⁵⁰ Crim., n° 04-86051, 15 novembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-031532, « Simone B., ép. H. », *Rev. dr. pén.*, mars 2006, comm. 29 ; R. OTTENHOF, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable », *RSC*, 1997, p. 110 ; J.-H. ROBERT, H. MATSOPOULOU, *Traité de Droit pénal des affaires*, coll. Droit Fondamental, P.U.F., Paris, 2004, p. 75 et p. 87.

¹¹⁵¹ *Le consommateur et ses contrats*, coll. Juris Compact, Juris-Classeur, Paris, 1999.

¹¹⁵² J.-H. ROBERT, H. MATSOPOULOU, *Traité de Droit pénal des affaires*, coll. Droit Fondamental, P.U.F., Paris, 2004, p. 74.

1344. Enfin, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 12 janvier 2001, que le dommage n'a pas à être réalisé pour que l'infraction soit caractérisée. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'acte soit valable ou que le dommage soit réalisé¹¹⁵³.

Certains¹¹⁵⁴ ont vivement critiqué cette intervention de la Cour de cassation. Deux arguments ont été mis en avant. Le premier étant que la Cour de cassation fait une interprétation extensive du texte pénal et ce, au détriment de l'interprétation stricte de la loi pénale. Le second consistant à dire que l'intervention de la Haute juridiction revient à permettre de sanctionner la simple tentative.

1345. Il faut répondre à ces arguments qu'il ne s'agit pas ici de permettre de sanctionner la tentative d'abus de faiblesse cela aurait été le cas si les textes n'avaient pas requis de résultat à l'exploitation abusive.

Par ailleurs, l'argument de l'interprétation extensive du texte est rejetable car le fait que les juges ne requièrent pas que l'acte soit valable est un gage de sécurité et de protection en faveur de la personne victime et permet d'éviter que l'auteur ne se réfugie derrière l'invalidité de l'acte pour ne pas être sanctionné.

1346. Concernant le dommage, le Professeur Jean-Yves MARECHAL¹¹⁵⁵ souligne la différence entre le résultat et le préjudice. Le résultat étant un élément constitutif de l'infraction sans lequel elle n'est pas constituée, alors même que le préjudice n'est pas élément de l'infraction mais celui de la responsabilité civile. D'ailleurs, il semblerait douteux¹¹⁵⁶ et peu opportun qu'il le soit.

¹¹⁵³ Crim., n° 99-81057, 12 janvier 2000, *D.*, 2001, chron. p. 813, « L'abus d'ignorance ou de faiblesse est constitué même si l'acte obtenu n'est pas valable et même si le dommage n'est pas réalisé » ; Crim., n° 08-85601, 26 mai 2009, *Juris-Data* n° 2009-048662, *Rev. dr. pén.*, octobre 2009, n° 10, comm. 118, obs. M. VERON, « L'appréciation de la vulnérabilité ».

¹¹⁵⁴ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., coll. Précis, série Droit privé, Dalloz, Paris, 2005, p. 204.

¹¹⁵⁵ J.-Y. MARECHAL, « Un abus de faiblesse préjudiciable...sans préjudice », *D.*, 2001, chron. p. 813.

¹¹⁵⁶ J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*

1347. Il est peu opportun de ne sanctionner l'abus de faiblesse que lorsqu'il aboutit à un acte gravement préjudiciable car le champ d'application serait limité à des actes préjudiciables et en l'espèce gravement préjudiciables alors même que le consentement serait vicié et donc devrait être protégé dans les cas où l'acte aboutit à un « simple » préjudice. Cette condition n'est pas opportune au vu de la finalité de ces régimes qui est la protection de l'intégrité du consentement. De plus, cette condition s'explique et vise davantage à protéger et à rechercher une sorte d'équilibre contractuel en ce sens que l'acte gravement préjudiciable se traduit la plupart du temps par un déséquilibre contractuel...

1348. Ainsi, il est tout à fait légitime et opportun que l'infraction soit conditionnée par l'acte ou l'abstention conclue par la victime qui lui est gravement préjudiciable et quant bien même le dommage n'est pas réalisé. Comme l'exprime très justement le Professeur Jean-Yves MARECHAL, dans son écrit : « *l'acte de la victime, trompée ou abusée, marque le seuil de la consommation de l'infraction, sans qu'il faille attendre que cet acte tourne au profit du délinquant ou génère un véritable préjudice pour la victime* ». Il va même plus loin en considérant que la nécessité d'un préjudice pourrait bien disparaître des textes d'incrimination. Ainsi pour certains le préjudice n'est pas nécessaire pour caractériser l'infraction¹¹⁵⁷.

1349. S'agissant du régime prétorien de la violence économique en droit civil, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 3 avril 2002, exigeait la démonstration d'une exploitation abusive et d'un profit, d'un avantage excessif qui en découle concrètement pour caractériser la violence économique¹¹⁵⁸. En effet, les magistrats déclarent que : « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit*

¹¹⁵⁷ Crim., n° 08-85601, 26 mai 2009, *Juris-Data* n° 2009-048662, *Rev. dr. pén.*, octobre 2009, n° 10, comm. 118, obs. M. VERON, « L'appréciation de la vulnérabilité » ; G. RAYMOND, « Les abus de faiblesse », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2002, n° 71, p. 33.

¹¹⁵⁸ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE, B. FAGES, « Violence morale et dépendance économique ».

de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ».

1350. Le régime légal de la violence économique posé par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats¹¹⁵⁹ exige la preuve que l'auteur ait obtenu de la victime « *un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* »¹¹⁶⁰. Ainsi, ici, la démonstration d'un résultat est requise. Toutefois, cette condition soulève quelques remarques et interrogations.

1351. Effectivement, la contrainte économique consiste pour l'auteur à dicter le comportement économique de la victime pour en retirer un avantage. Or, cet avantage peut être positif ou négatif. Il peut s'agir d'une action ou d'une abstention. Malheureusement, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats à l'instar de la jurisprudence relative à la violence économique et aux projets de réforme en droit interne et en droit européen, fait le choix d'envisager uniquement les avantages positifs. Ce qui est déplorable, car une fois de plus, le législateur fait le choix de ne sanctionner qu'une partie des situations de violence économique et donc de ne prendre en compte qu'une partie de la contrainte économique.

1352. Par ailleurs, le gouvernement fait le choix également de limiter les cas des avantages pouvant tomber sous le coup de l'article 1143 car ce-dernier précise expressément que seuls les avantages manifestement excessifs seront sanctionnés. Autrement dit, les avantages « simplement » excessifs ne sont pas concernés par l'article 1143. Ils sont donc en application de l'article 1143 acceptables, et non-répréhensibles alors même qu'ils découlent d'un consentement extorqué. Ainsi, des situations de

¹¹⁵⁹ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

¹¹⁶⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, *op. cit.* : art. 2 codifié à l'art. 1143 du C. civ.

contrainte économique ne seront pas sanctionnées alors même qu'il s'agit de contrainte économique.

1353. Par ailleurs, il faut donc se demander comment opérer une distinction entre un avantage manifestement excessif et un avantage « simplement » excessif. Quand est-ce qu'il y a un avantage manifestement excessif ? Qu'est-ce qu'un avantage manifestement excessif ? Quand est-ce qu'un avantage devient manifestement excessif ? Quand est-ce qu'un avantage n'est que « simplement » excessif sans être manifestement excessif ?

Autant d'interrogations auxquelles la jurisprudence doit répondre.

1354. Concernant l'abus de dépendance économique et l'abus de position dominante, le résultat exigé est une atteinte sensible à la concurrence¹¹⁶¹. L'atteinte à la concurrence sera étudiée plus en détails au cours de l'étude des conditions particulières critiquables.

1355. Ainsi, les régimes traitant la contrainte économique exigent la démonstration d'un résultat. Il faut démontrer l'existence d'une manifestation à l'exploitation abusive du déséquilibre structurel. En somme, les différents régimes traitant de la contrainte économique requièrent la démonstration que le comportement abusif de l'auteur ait entraîné un avantage ou un profit excessif.

1356. Il peut s'agir d'un avantage de quelque nature que ce soit technique, juridique ou économique ; ou une abstention de la part de la victime. Autrement dit, une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

¹¹⁶¹ Art. L.420-2 du C. com.

Un avantage ou une abstention qu'en temps normal, c'est-à-dire en dehors de l'exploitation abusive de sa situation de faiblesse, la victime n'aurait jamais accepté.

Le résultat d'une situation de contrainte économique doit présenter un caractère d'anormalité. Le résultat est le comportement extraordinaire de la victime c'est-à-dire le comportement anormal de la victime qui ne peut s'expliquer que par la contrainte qui pèse sur elle. Il faut rappeler que l'appréciation du caractère excessif et donc anormal du résultat est réalisée par les juges lors de la caractérisation du résultat lui-même.

1357. Il faut noter que la demande d'un avantage ou d'un profit excessif est à déplorer. En effet, ce critère de l'excessif n'est ni légitime ni opportun. Il n'est pas nécessaire à la démonstration d'une situation de contrainte économique. Au contraire, il a pour conséquence de limiter considérablement le domaine d'application de ces régimes et donc de freiner le traitement de la contrainte économique car seuls les abus de déséquilibre structurel aboutissant à l'octroi d'un avantage ou d'un profit excessif seront répréhensibles rendant ainsi licites les abus de déséquilibre structurel n'aboutissant pas à l'octroi d'un avantage ou d'un profit excessif, alors même que le consentement de la victime sera pareillement extorqué et donc vicié et qu'il s'agira d'une situation de contrainte économique (cf. Des conditions particulières inutiles au traitement de la contrainte économique).

1358. Le résultat est une condition indispensable au traitement de la contrainte économique car il permet, d'éviter que les régimes ne sanctionnent une tentative de contrainte économique.

De plus, cette condition doit avoir le champ d'application le plus large possible afin qu'elle ne limite la prise en compte de la contrainte économique.

Par ailleurs, le résultat est essentiel à la contrainte économique car il permet de caractériser l'abus. En effet, l'abus est fréquemment et ce, dans tous les régimes traitant de la contrainte économique déduit en pratique par les magistrats de ses conséquences c'est-à-dire du résultat et de l'existence d'un déséquilibre structurel.

1359. Face aux conditions communes incontestablement nécessaires à la réception de la contrainte économique, les différents régimes exigent pour la caractérisation d'une situation de contrainte économique la démonstration d'autres conditions qui portent en elles le particularisme des droits au titre desquels ces régimes sont envisagés.

PARAGRAPHE II. UN RECOURS FÂCHEUX AUX CONDITIONS PARTICULIÈRES

1360. Les différents régimes traitant de la contrainte économique prévoient en plus des conditions communes et nécessaires à la qualification de la contrainte économique, la démonstration de conditions particulières c'est-à-dire des conditions propres à chaque régime traitant de la contrainte économique et qui portent le particularisme des droits au titre desquels lesdits régimes sont envisagés.

Ces conditions sont donc différentes d'un régime à un autre. Chaque régime prévoit ses conditions qui sont en lien direct et qui permettent de répondre à la finalité qu'il poursuit.

1361. Afin d'appréhender au mieux le rôle que ces conditions jouent dans la réception de la contrainte économique, l'analyse de ces conditions et notamment leur impact sur la prise en compte des situations de contrainte économique sont primordiaux.

Or, cette étude permet d'affirmer que ces conditions sont un frein majeur au traitement de la contrainte économique. Effectivement, ces conditions entraînent des conséquences inopportunes quant à la réception de la contrainte économique (B).

1362. D'ailleurs, le caractère inopportun de ces conditions s'explique car ces conditions font écho et répondent à la finalité du droit auquel elles sont rattachées.

Ainsi, ces conditions portent en elles le particularisme de chaque droit. Or, ces droits poursuivant une finalité différente de celle de la lutte contre la contrainte économique, les conditions sont donc illégitimes à la réception de la contrainte économique (A).

A. DES CONDITIONS PARTICULIÈRES AYANT UN OBJET ILLÉGITIME : UNE FINALITÉ INCOHÉRENTE DES CONDITIONS PARTICULIÈRES

1363. Bien que les régimes traitant de la contrainte économique retiennent un régime commun de conditions, chacun des régimes exigent la preuve de conditions propres ou particulières. Ces conditions diffèrent d'un régime à un autre. Elles sont la marque du particularisme des droits spéciaux au sein desquels la contrainte économique est appréhendée.

Ces droits poursuivent une finalité différente de celle de la lutte contre la contrainte économique. Ces conditions sont exigées au regard de la finalité poursuivie par ces droits. Ainsi, les conditions particulières retenues par les régimes traitant de la contrainte économique s'inscrivent dans une logique et une finalité différente de celles de la lutte contre la contrainte économique.

1364. Les conditions particulières retenues par les différents régimes freinent le traitement de la contrainte économique car ces conditions sont illégitimes.

En effet, elles sont l'expression du particularisme de chaque droit, elles permettent de répondre à la finalité de ces droits.

Elles s'inscrivent dans une logique différente de celle de la contrainte économique. Il y a une incohérence entre la finalité poursuivie et la lutte contre la contrainte économique

et donc celle des régimes traitant de la contrainte économique et la finalité des droits au titre desquels ces régimes sont envisagés cette finalité est traitée.

1365. S'agissant du régime prétorien de la violence économique, la Cour de cassation établit un régime conforme à une conception traditionnelle du vice de consentement en exigeant la démonstration de la preuve d'une crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne. Cette condition s'explique car elle est héritée du vice traditionnel de violence. C'est l'héritage du vice de violence contractuelle¹¹⁶².

Cette conception civiliste de la violence est bien trop rigide pour appréhender convenablement la contrainte économique. Il faut un mécanisme qui puisse être souple afin de s'adapter aux évolutions et aux contextes économiques caractéristiques de la contrainte économique.

1366. Donc, il faut que la violence économique se détache du particularisme de la violence contractuelle. Autrement dit, il faut qu'il se détache de la rigidité du droit civil sur laquelle il est bâti afin d'appréhender au mieux la contrainte économique. Tant que la Cour de cassation retiendra une violence économique qui s'inscrit dans une logique purement civiliste de la violence, il sera difficile de considérer la violence économique comme « *un remède réellement efficace* »¹¹⁶³ à la contrainte économique.

1367. Il en est de même pour le régime légal de la violence économique qui est très proche voire même similaire du régime prétorien de la violence économique, dès lors les mêmes critiques peuvent être faites concernant le régime légal.

Le régime légal de la violence économique porte l'empreinte de l'approche civiliste des vices du consentement. En effet, la violence économique telle qu'elle est consacrée par

¹¹⁶² Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas.

¹¹⁶³ G. LOISEAU, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et patri.*, septembre 2002, n° 107.

l'article 1143 du Code civil est envisagée comme un nouveau vice du consentement limité à la formation du contrat. Seules les situations de violences économiques ayant lieu durant la formation du rapport contractuel sont sanctionnées. C'est une approche très civiliste des vices du consentement.

De plus, il faut rappeler que l'article 1143 du Code civil a recours à la notion d' « *abus de dépendance* ». Cette notion soulève de nombreuses interrogations. Est-elle héritée des avancées et des travaux de la jurisprudence civile sur la question de la violence économique, de l'état de nécessité et de l'état de dépendance ou est-elle un emprunt à la notion de dépendance économique en droit de la concurrence ? En tout de cause, cette notion est héritée soit de l'approche civiliste de la notion de violence économique soit du droit de la concurrence.

1368. S'agissant du droit de la concurrence, l'atteinte à la concurrence est bien légitime au regard de la finalité des pratiques anticoncurrentielles au titre desquelles le régime de l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique sont envisagés. L'objectif premier des pratiques anticoncurrentielles est la protection de la concurrence. Toutefois, au regard de la finalité de l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique et donc au vu de la finalité de la lutte contre la contrainte économique, cette condition n'est pas légitime. Le but étant la protection du partenaire, de son choix économique, de son consentement.

1369. Pour certains, le droit de la concurrence recherche, avec cette condition, à concilier « *l'impératif d'efficacité économique qui prônent l'élimination de toute entrave à la concurrence et la justice contractuelle qui exigent la prise en compte des formes les plus modernes des activités économiques* »¹¹⁶⁴.

¹¹⁶⁴ J. THREARD, C. BOURGEON, « Dépendance économique et droit de la concurrence : réflexion sur l'art. 8 de l'Ord. du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », *Cah. dr. entr.*, mars 1987, n° 12.

Toujours est-il qu'il y a une incompatibilité entre la finalité poursuivie par le droit de la concurrence et par la lutte contre la contrainte économique.

1370. S'agissant du droit de la consommation, la condition relative à la qualité des parties (consommateurs et professionnels) ainsi que la condition relative au démarchage sont le reflet du particularisme consumériste. Ces circonstances ont pour effet de limiter le champ d'application de l'abus de faiblesse et à travers lui celui-ci de la lutte contre la contrainte économique.

1371. S'agissant du droit pénal des affaires, les conditions requises sont interprétées de manière stricte dans le respect de la lettre de la loi pénale. L'interprétation stricte du droit pénal se trouve en contradiction avec la flexibilité nécessaire à la lutte contre la contrainte économique. La mise en oeuvre des conditions de la contrainte économique requiert une certaine subjectivité vectrice de la malléabilité fondamentale à tous les régimes traitant des abus de déséquilibre structurel.

1372. Donc, ces conditions sont certes légitimes pour atteindre le but poursuivi par chaque droit au titre desquels ces régimes sont envisagés. Donc, ces conditions sont légitimes au regard de la finalité des différents droits car elles poursuivent la même logique et la même finalité que ces droits. Elles visent à remplir cette finalité.

Pourtant, elles ne sont pas légitimes au regard de la finalité des régimes traitant de la contrainte économique et donc au regard de la lutte contre la contrainte économique car elles s'inscrivent dans une logique et une finalité différente qui s'expriment par des conditions différentes.

1373. Ces conditions particulières sont inopportunes et illégitimes.

1374. C'est la preuve de l'effet néfaste du particularisme de chaque droit sur le régime traitant de la contrainte économique et donc de la spécificité et du particularisme des droits spéciaux à connaître de la contrainte économique.

1375. En plus, d'être illégitimes, ces conditions particulières s'avèrent être inopportunes au traitement de la contrainte économique. En effet, elles freinent considérablement la réception de la contrainte économique.

B. DES CONDITIONS PARTICULIÈRES AYANT DES CONSÉQUENCES INOPORTUNES : UN DOMAINE D'APPLICATION RÉDUIT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1376. Les conditions propres à chaque droit entravent le traitement de la contrainte économique. Ces conditions entraînent des conséquences inopportunes pour la réception des abus de déséquilibre structurel. En effet, elles ont pour effet de limiter le champ d'application de la contrainte économique.

1377. S'agissant du régime prétorien de la violence économique, la Cour de cassation exige la preuve de l'existence d'une crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne¹¹⁶⁵. Cette condition est héritée du régime du vice traditionnel de violence consacré à l'article 1140 du Code civil sur lequel a été bâti par le régime de la violence économique.

¹¹⁶⁵ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas : « 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 ».

1378. D'ailleurs, cette condition permet d'affirmer que la violence économique n'est pas une rénovation de la violence contractuelle¹¹⁶⁶ mais qu'elle est une reprise de la violence avec une tentative d'adaptation aux contextes économiques dans lequel se produisent les situations de contrainte économique. Une reprise décevante ou une rénovation ratée.

Son opportunité est discutable car cette condition n'est pas utile à la caractérisation de situation de contrainte économique. En effet, l'illégitimité ou l'illicite des pressions, des menaces c'est-à-dire du comportement de l'auteur est requise et contrôler au niveau de la qualification de l'abus. Ainsi, elle apparaît comme un doublon qui alourdit la charge de la preuve et freine considérablement la lutte contre la contrainte économique.

1379. Par ailleurs, cette condition n'est plus requise en soit au sein du régime légal de la violence économique. Il semblerait que le législateur ait fait le choix de juger de l'illégitimité du comportement à travers la caractérisation de l'abus.

1380. Le législateur requiert comme condition à l'abus de position dominante et à l'abus de dépendance économique, une atteinte à la concurrence¹¹⁶⁷. Plus précisément, il s'agit de démontrer que l'abus doit avoir pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché¹¹⁶⁸.

1381. Avant la loi NRE du 15 mai 2001, l'article L.420-2 alinéa 2 du Code de commerce n'exigeait pas que l'abus soit anticoncurrentiel. Mais, le Conseil de la concurrence avait déjà érigé cette exigence en se référant au dispositif relatif aux ententes.

¹¹⁶⁶ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas, *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2003, n° 25, p. 18, obs. J. ROVINSKI, « Contrats et obligations ».

¹¹⁶⁷ Art. L.420-2 du C. com.

¹¹⁶⁸ Art. L.420-1 du C. com. : « *sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, 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 (...)* ».

La loi NRE du 15 mai 2001 exige que l'abus de la dépendance économique soit susceptible d'affecter le fonctionnement et la structure de la concurrence. Il y a une sorte d'assouplissement de l'exigence, il est demandé une atteinte potentielle.

1382. Cette condition n'est pas opportune car elle n'est pas utile pour caractériser l'abus et une situation de contrainte économique. De plus, elle limite les abus pouvant être sanctionnés. Seuls les abus ceux causant une atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence seront sanctionnés.

Au contraire, elle vise à limiter, restreindre le champ d'application de l'abus de dépendance économique et celui de l'abus de position dominante alors même qu'il s'agit d'une mesure de protection de l'intégrité du consentement de la victime et donc le champ d'application devrait être le plus large possible.

En effet, tous les abus subis ne sont pas susceptibles de restreindre sensiblement le fonctionnement ou la structure de la concurrence. Les abus de dépendance économique ne restreignant pas sensiblement la concurrence ne sont pas sanctionnés alors même qu'il existe une situation de contrainte économique. Ainsi, en raison de cette condition, certaines situations de contrainte économique restent impunies. Cette condition inutile à la caractérisation d'une situation de contrainte économique freine la lutte contre la contrainte économique.

1383. Enfin, le régime relatif à l'abus de faiblesse en droit de la consommation prévoit, en plus des conditions communes aux différents régimes connaissant de la contrainte économique, une condition particulière.

En effet, le législateur prévoit les circonstances de l'abus et pose ainsi les circonstances dans lesquelles l'abus d'une situation de faiblesse peut être sanctionné. Seuls sont sanctionnés les abus ayant eu lieu lors d'un démarchage à domicile¹¹⁶⁹ ou à l'occasion d'un démarchage par téléphone ou télécopie ; à la suite d'une sollicitation personnalisée,

¹¹⁶⁹ Art. L.121-8 du C. cons. : « *Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit (...)* ».

sans que cette sollicitation soit nécessairement nominative, à se rendre sur un lieu de vente, effectuée à domicile et assortie de l'offre d'avantages particuliers ; soit à l'occasion de réunions ou d'excursions organisées par l'auteur de l'infraction ou à son profit ; soit lorsque la transaction a été faite dans des lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé ou dans le cadre de foires ou de salons ; soit lorsque la transaction a été conclue dans une situation d'urgence ayant mis la victime de l'infraction dans l'impossibilité de consulter un ou plusieurs professionnels qualifiés, tiers ou contrat¹¹⁷⁰.

1384. La critique qui peut être formulée est que ces circonstances posées par le droit de la consommation sont le reflet du particularisme du droit de la consommation qui a pour effet de limiter le champ d'application de l'abus de faiblesse et à travers lui celui de la lutte contre la contrainte économique. En effet, dès lors que le législateur limite les abus visés par le droit de la consommation aux circonstances dans lesquelles ils ont lieu, il vient limiter fortement le champ d'application de l'abus de faiblesse à ces circonstances et donc limite fortement les abus caractérisant une contrainte économique alors même que le but de ce régime est un but de protection qui devrait, dans cette logique, être le plus large possible.

1385. En matière pénale, le respect du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale s'impose. Ainsi, le particularisme du droit pénal tend à limiter le champ d'application de l'abus de faiblesse. Bien que moins fortement que le droit de la consommation avec l'abus de faiblesse. En effet, l'importance et la gravité des répressions pénales impliquent et justifient le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Toutefois, cette rigidité de l'interprétation stricte de la loi pénale est en contradiction avec l'esprit de la contrainte économique qui est une notion contextuelle et qui appelle et a besoin d'un traitement malléable et pragmatique.

¹¹⁷⁰ Art. L.121-9 1°, 2°, 3°, 4°, 5° du C. cons.

1386. En effet, ces conditions tendent à limiter le champ d'application de la contrainte économique laissant des situations de contrainte économique impunies. D'autant plus, qu'elles sont inutiles à la qualification de la contrainte économique ce qui affecte l'efficacité du traitement de la contrainte économique.

Enfin, ces conditions participent en partie à l'échec des régimes traitant de la contrainte économique car elles alourdissent la charge de la preuve.

Ces conditions ont des conséquences inopportunes et néfastes pour le traitement de la contrainte économique. Elles freinent considérablement la réception de la contrainte économique.

1387. Deux raisons expliquent l'échec du traitement actuel de la contrainte économique. La première est relative au choix des conditions. Les régimes traitant de la contrainte économique prévoient des conditions particulières qui sont propres à chaque branche du Droit qui portent en leur sein le particularisme de ces droits. Cependant, ces conditions sont illégitimes à connaître la contrainte économique car elles ne poursuivent pas la même finalité et ne s'inscrivent pas dans la même logique que celles de la lutte contre la contrainte économique.

De plus, ces conditions sont également inopportunes. Les conditions appliquées au traitement de la contrainte économique entraînent des conséquences néfastes et désastreuses sur la réception des abus de déséquilibre structurel. De nombreux abus de déséquilibre structurel ne seront pas sanctionnés alors même qu'il s'agit de situations de contrainte économique.

Ainsi, ces conditions freinent considérablement la lutte contre la contrainte économique et participent à la rendre moins cohérente.

1388. La deuxième raison qui explique l'échec du traitement de la contrainte économique est relative au choix de sanctions qui sont inadaptées et inefficaces à punir les comportements d'abus de déséquilibre structurel.

SECTION II. DES SANCTIONS INEFFICACES ET INADAPTÉES POUR LE TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1389. Au terme de l'étude des régimes sanctionnant la contrainte économique, il appert clairement que le traitement de la contrainte économique est inefficace. Or, l'une des causes de l'échec du traitement actuel de la contrainte économique s'explique est le choix des sanctions. Effectivement, les sanctions retenues par les régimes traitant de la contrainte économique sont inefficaces et incohérentes.

1390. Il ressort de cette étude que les régimes connaissant de la contrainte économique est sanctionnée par le biais de sanctions civiles communes dont le recours est préconisé en raison de leur légitimité et de leur opportunité à traiter les abus de déséquilibre structurel. (Paragraphe I). Effectivement, ces sanctions s'inscrivent pleinement dans la logique de la contrainte économique et permettent d'atteindre l'objectif visé par la lutte contre la contrainte économique qui est la protection de l'intégrité du consentement de la victime.

1391. Les situations de contrainte économique sont également sanctionnées par le recours à des sanctions particulières c'est-à-dire à des sanctions portant en elles le particularisme des droits spéciaux et dont la présence est justifiée par la finalité des droits au titre desquels ces régimes sont envisagés. Toutefois, en raison de leur illégitimité et de leur inopportunité à connaître de la contrainte économique le recours à ces sanctions particulières est à déplorer. En effet, elles apparaissent tantôt trop sévères tantôt trop clémentes (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. UN RECOURS PRÉCONISÉ AUX SANCTIONS COMMUNES

1392. Tous les régimes traitant de la contrainte économique ont fait le choix de sanctions similaires pour sanctionner la contrainte économique. Ils sanctionnent les situations de contrainte économique par le recours à deux sanctions civiles. La nullité de l'acte entaché de contrainte économique et la réparation du préjudice subi par la victime.

1393. Ces sanctions s'imposent comme étant indispensables pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel car elles permettent de sanctionner convenablement les abus de déséquilibre structurel tout en assurant une protection efficace de la victime de la contrainte économique. Ces sanctions sont, d'une part, légitimes au regard de la finalité de la contrainte économique à sanctionner les abus de déséquilibre structurel (A) et d'autre part, elles sont opportunes pour sanctionner les situations de contrainte économique (B).

Ces sanctions communes apparaissent comme les sanctions naturelles pour sanctionner les situations de contrainte économique.

A. DES SANCTIONS CIVILES LÉGITIMES

1394. Les sanctions communes civiles retenues par les régimes c'est-à-dire la nullité et la réparation du préjudice subi par la victime sont légitimes pour traiter les situations de contrainte économique. Le but poursuivi par ces sanctions s'inscrit dans la même logique que celle qui anime la lutte contre la contrainte économique. Ces sanctions permettent de remplir l'objectif visé par la lutte contre la contrainte économique à savoir la protection du consentement de la victime. Elles disposent donc d'une légitimité certaine (1).

1395. Toutefois, afin de rendre plus cohérent et plus efficace, le traitement des abus de déséquilibre structurel, la légitimité des sanctions civiles peut et doit être confortée (2).

1. UNE LÉGITIMITÉ CONFIRMÉE

1396. Tous les régimes traitant la contrainte économique reconnaissent la nullité et la réparation du préjudice subi par la victime comme sanctions.

En effet, concernant l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique, l'article L.420-3 du Code de commerce prévoit qu' : « *est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L.420-1 et L.420-2* ».

1397. Seul le juge national est compétent pour se prononcer sur les conséquences civiles d'une annulation d'une pratique anticoncurrentielle¹¹⁷¹. L'octroi de dommages et intérêts, pour la réparation du préjudice subi à la suite d'une pratique anticoncurrentielle, est possible devant les juridictions civiles et commerciales¹¹⁷² mais il faudra alors prouver que la pratique constitue une faute civile. Les juridictions regrettent que ces actions ne soient pas davantage sollicitées.

1398. Il convient de souligner que, sous l'autorité de la loi NRE du 15 mai 2001¹¹⁷³ jusqu'à la loi LME du 4 août 2008¹¹⁷⁴, la contrainte économique était également

¹¹⁷¹ Paris, 4 juillet 2000, *RTD civ.*, 2001, p. 140 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^{ème} éd., coll. Sirey Université, Dalloz, Paris, 2011, p. 289.

¹¹⁷² Com., 23 mars 2010, France Telecom, *CCC*, 2010, obs. G. DECOCQ.

¹¹⁷³ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

¹¹⁷⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite loi LME), *JORF*, 5 août 2008, n° 0181, p. 12471.

sanctionnée au titre de l'article L.442-6 I 2° b) du Code de commerce au titre de l'abus de dépendance économique comme pratique restrictive de concurrence.

1399. L'article L.442-6 I 2° b) du Code de commerce prévoyait que la responsabilité de l'auteur pouvait être engagée. Des dommages et intérêts étaient alloués à l'entreprise victime, la cessation des pratiques commerciales, la répétition de l'indu, la nullité du contrat ou de la clause en cause pouvaient être demandés, une amende civile pouvait être prononcée quand l'action était engagée par le ministre de l'Economie ou le Parquet.

Ce régime avait également recours aux sanctions civiles et notamment à la nullité et à l'octroi de dommages et intérêts pour sanctionner l'acte entaché de contrainte économique et protéger le consentement vicié de la victime.

1400. En tout état de cause, la nullité peut être demandée¹¹⁷⁵. En effet, la nullité est une sanction dont le but est d'assurer l'effectivité d'une règle impérative¹¹⁷⁶. La légitimité de cette sanction est évidente dans le cadre de la lutte contre la contrainte économique dont le but est la protection du consentement. Il faut noter que la légitimité de cette sanction est également évidente quant à la finalité des pratiques anticoncurrentielles qui est la protection à la concurrence.

1401. La question qui se pose pourtant est celle de savoir s'il faut retenir une nullité relative ou absolue. La nullité absolue s'impose en raison du but de protection de l'ordre public économique pour les pratiques anticoncurrentielles.

Toutefois, concernant le traitement de la contrainte économique, le fait que la nullité soit absolue est critiquable en raison de la relation bilatérale qui caractérise les pratiques restrictives de concurrence. Le but est la protection d'un partenaire et non la protection

¹¹⁷⁵ Art. L.420-3 du C. com.

¹¹⁷⁶ J. THREARD, C. BOURGEON, « Dépendance économique et droit de la concurrence : réflexion sur l'art. 8 de l'Ord. du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », *Cah. dr. entr.*, mars 1987, n° 12.

de la concurrence à moins que la sanction des abus de déséquilibre structurel ne relève de l'ordre public. Ce qui n'est pas le cas. Ainsi, il n'est pas légitime que la nullité soit absolue.

1402. De même, par rigueur intellectuelle, au regard des pratiques restrictives de concurrence (ancien article L.442-6, I, 2°, b du Code de commerce relatif au régime de l'abus de dépendance économique) et eu égard à la finalité de la contrainte économique qui est la protection de l'intégrité du consentement, il convenait de retenir une nullité relative.

En effet, l'article L.442-6 I du Code de commerce prévoit un arsenal de sanctions civiles pour permettre au mieux la protection de la victime et la réparation du préjudice qu'elle a subi. Ces sanctions civiles s'inscrivaient dans une logique purement contractuelle et donc étaient plus adéquates à sanctionner les situations de contrainte économique.

1403. S'agissant du régime relatif à l'abus de faiblesse en droit de la consommation et de l'abus de vulnérabilité en droit pénal, les sanctions prévues sont également la nullité et la réparation du préjudice subi.

Par ailleurs, ce régime reconnaît même la possibilité à des associations de consommateurs, la possibilité d'actions collectives afin de d'exercer les droits reconnus à la partie civile autrement dit de réclamer la réparation du préjudice subi et l'annulation de la vente, ainsi que la diffusion du jugement rendu¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁷ Art. L.421-1 du C. com. : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

1404. Le régime de la violence économique est teinté du particularisme de la violence contractuelle, notion sur laquelle il se fonde. En effet, la violence économique emprunte ses sanctions à la violence contractuelle. Ainsi, il existe deux sanctions possibles pour la violence économique.

La violence économique est vice du consentement pour la victime, la sanction est la nullité. Mais, la violence économique est également un délit civil pour l'auteur, elle permet l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. La nullité et la réparation du préjudice subi sont des sanctions légitimes au regard de la nature de vice de consentement de la violence économique.

1405. On ne peut que se réjouir de cette unanimité des sanctions civiles au sein des régimes connaissant de la contrainte économique et notamment de la nullité et la réparation du préjudice subi. En effet, ces sanctions sont des sanctions légitimes. Elles s'imposent même comme étant des sanctions naturelles de la contrainte économique.

1406. La finalité de la contrainte économique est la protection du consentement de la victime. En effet, il s'agit de sanctionner un acte entaché de contrainte économique construit sur le consentement extorqué de la victime.

Or, la nullité et l'octroi de dommages et intérêts permettent de protéger le consentement de la victime en annulant le contrat, l'acte ou l'engagement pour lequel la victime n'a pas donné de réel consentement et en permettant de réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la contrainte économique.

1407. Ainsi, la contrainte économique, la nullité et les dommages et intérêts poursuivent la même finalité : la protection du consentement de la victime. En effet, la nullité et les dommages et intérêts s'inscrivent dans une logique contractuelle et elles ont une fonction protectrice et curative. Ces sanctions s'imposent comme les sanctions naturelles

lorsqu'un consentement a été vicié. Le recours à ces sanctions est légitime voire même primordial.

1408. Afin de rendre plus cohérent le traitement des abus de déséquilibre structurel par les sanctions civiles la légitimité de ces sanctions civiles doit être impérativement confortée.

2. UNE LÉGITIMITÉ À CONFORTER

1409. Bien que le recours aux sanctions civiles communes (nullité de l'acte juridique et réparation du préjudice subi) pour sanctionner la contrainte économique soit légitime, certains aménagements doivent être apportés afin de renforcer la légitimité de ces sanctions.

1410. Concernant la nullité, le problème qui peut être soulevé est relatif à la nature de la nullité en ce sens que certains régimes retiennent une nullité relative et d'autres une nullité absolue.

Cette différence est le reflet de l'objet protégé par ces régimes. Autrement dit, elle est le reflet de la différence de finalité et de logique auxquelles appartiennent ces régimes. La question qui se pose, alors, est celle de savoir s'il faut retenir une nullité relative ou absolue.

1411. L'abus de faiblesse et la violence économique retiennent une nullité relative. Ce qui est légitime au regard de la finalité de la contrainte économique. Il s'agit de protéger le consentement de la victime. Ainsi, la nullité n'a pas lieu d'être absolue.

1412. Pourtant, certains régimes retiennent une nullité absolue.

C'est le cas de l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique. La Cour de cassation retient, dans un arrêt du 24 octobre 2000, que la nullité est absolue¹¹⁷⁸.

Il faut noter, à titre indicatif, que sous la loi NRE du 15 mai 2001, l'article L.442-6 I 2° b) du Code de commerce, retenait une nullité absolue.

1413. La nullité absolue est une sanction dont le but est d'assurer l'effectivité d'une règle impérative¹¹⁷⁹. Elle protège l'ordre public. La finalité de la contrainte économique est la protection du consentement de la victime c'est-à-dire la protection d'un partenaire et non celle de l'ordre public. Ce qui n'est pas le cas. Ainsi, il n'est pas légitime que la nullité soit absolue.

1414. D'ailleurs, il existe un débat jurisprudentiel sur cette question. Concernant l'action en nullité offerte au ministre par l'article L.442-6, I du Code de commerce, la Cour d'appel de Versailles précise, dans un arrêt du 3 mai 2007, que le ministre « *exerce alors cette action par substitution à la victime des pratiques en cause dont il met en œuvre les droits privés et non de manière autonome* »¹¹⁸⁰.

1415. Pourtant, la Cour d'appel d'Angers, dans un arrêt du 29 mai 2007, estime que le ministre ne peut demander l'annulation judiciaire d'un contrat alors qu'il n'est pas parti du contrat car cela porte atteinte à la liberté contractuelle, que l'intérêt supérieur de l'ordre public économique ne saurait justifier »¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁸ Com., 24 octobre 2000, *Bull. civ.* IV, n° 163, *RTD civ.*, 2001, n° 163, p. 140, *CCC*, 2001, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹¹⁷⁹ J. THREARD, C. BOURGEON, *Ibid.*

¹¹⁸⁰ Versailles, n° 05/09223, 3 mai 2007, SA Coopération Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC) c/ Ministre de l'Economie, *JurisData* n° 2007-333342.

¹¹⁸¹ Angers, n° 06/00563, 29 mai 2007, SA FINAMO c/ Ministre de l'Economie, *JurisData* n° 2007-342249.

1416. Contrairement à la Cour d'appel d'Angers, il semble que l'ordre public économique peut justifier une annulation d'un contrat. N'est-ce pas l'objet de l'article 6 du Code civil ? Mais encore faut-il que l'article L.442-6, I, 2°, b du Code de commerce relève de l'ordre public économique. Ce qui ne semble pas être le cas. Bien que le législateur soit silencieux, la possibilité offerte au Parquet et au ministre de l'Economie qui sont les gardiens de l'ordre public économique d'intervenir pour faire annuler un contrat pour abus de dépendance économique constitue un élément de réponse.

1417. La nullité absolue est retenue par ces régimes dans le but de protéger la concurrence et donc l'ordre public économique.

Il faut avoir recours à une nullité relative car la contrainte économique s'inscrit dans une logique contractuelle, dans une relation bilatérale, dont le but est la protection du consentement de la victime. Ainsi, seule la nullité relative devrait être retenue.

1418. Il convient de noter que cette incohérence quant à l'abus de position dominante et à l'abus de dépendance économique est due à la différence de finalité et de logique dans lesquelles s'inscrivent ces régimes dont le but est la protection du consentement vicié de la victime et le droit de la concurrence (et les pratiques anticoncurrentielles au titre desquelles ces régimes sont consacrés) dont le but est la protection de la concurrence. Ces régimes s'inscrivent dans une logique purement contractuelle tandis que le droit de la concurrence s'inscrit dans une logique purement concurrentielle.

1419. En effet, en tout état de cause, la question de la finalité explique l'incohérence qui peut régner dans le traitement de la contrainte économique. Elle explique également que l'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence était un régime cohérent et légitime à connaître de la contrainte économique.

Il s'agit, ici, d'une preuve supplémentaire indiquant que la réception des abus de déséquilibre structurel ne doit pas être réalisé à travers les droits spéciaux qui s'inscrivent

dans des finalités et des logiques différentes de celle de la lutte contre la contrainte économique. Ainsi, le particularisme de ces régimes participe grandement à une réception inefficace et incohérente de la contrainte économique.

1420. La sanction relative à l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi est légitime. Bien que tous les régimes traitant de la contrainte économique prévoient la possibilité de réparer le préjudice subi, certains ne consacrent la réparation du préjudice subi qu'en tant que sanction accessoire c'est-à-dire comme une possibilité et non comme sanction principale, alors même qu'elle s'impose comme une sanction naturelle pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel par la légitimité et l'opportunité qu'elle représente dans le traitement de la contrainte économique.

Ainsi, il conviendrait de consacrer la réparation du préjudice subi par la victime dont le consentement a été vicié comme une sanction principale par tous les régimes traitant de la contrainte économique.

1421. En plus d'être légitimes au traitement de la contrainte économique, ces sanctions civiles sont opportunes pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel.

B. DES SANCTIONS CIVILES OPPORTUNES

1422. Pour être opportune à sanctionner un comportement illicite les sanctions devraient satisfaire trois fonctions. Elle doit remplir une fonction punitive du comportement mis en cause, une fonction indemnitaire à l'égard de la victime et une fonction dissuasive pour empêcher toute réitération du comportement illicite.

1423. Or, la nullité et la réparation du préjudice subi par la victime remplissent ici parfaitement les fonctions de protection et de réparation. Elles permettent, ainsi, d'atteindre l'objectif visé par la lutte contre la contrainte économique, qui est la protection de l'intégrité du consentement de la victime et l'indemnisation de son préjudice. De fait, les sanctions communes civiles sont opportunes pour la réception de la contrainte économique (1). Toutefois, la nullité et les dommages et intérêts ne présentent pas de caractère dissuasif. La contrainte économique est une faute lucrative. Dès lors, le caractère dissuasif des sanctions est essentiel pour assurer l'efficacité du traitement de la contrainte économique. Par conséquent, il faut renforcer l'opportunité de ces sanctions (2).

1. UNE OPPORTUNITÉ AVÉRÉE

1424. Les sanctions civiles sont des sanctions opportunes quant au traitement de la contrainte économique.

1425. Pour que des sanctions soient efficaces, elles doivent satisfaire à quelques fonctions. Elles doivent remplir une fonction protectrice, une fonction réparatrice et une fonction dissuasive voire punitive.

Or, la nullité et les dommages et intérêts semblent remplir ces fonctions.

1426. La nullité a, pour effet, d'anéantir le contrat pour lequel la victime n'a pas donné de consentement libre et éclairé. La nullité permet, ainsi, de protéger la victime par l'anéantissement de la situation de contrainte économique qui consacre l'atteinte à son consentement. Ainsi, la nullité a bien une fonction protectrice et réparatrice indispensables au traitement de la contrainte économique.

1427. L'octroi de dommages et intérêts a, pour effet, de réparer le préjudice subi par la victime du fait de la contrainte économique. Cette sanction remplit donc une fonction réparatrice.

1428. Ainsi, les sanctions civiles communes à tous les régimes traitant de la contrainte économique, c'est-à-dire la nullité et l'octroi de dommages et intérêts, sont opportunes pour la prise compte de la contrainte économique. Toutefois, ces sanctions ne remplissent qu'une fonction de réparation et de protection. Ni la nullité ni la réparation du préjudice subi ne remplissent une fonction dissuasive qui est pourtant essentielle car la contrainte économique est une faute lucrative.

1429. Ainsi, la nullité et l'octroi de dommages et intérêts strictement indemnitaires sont des sanctions opportunes pour prendre en compte la contrainte économique. Cependant, il est impératif de renforcer considérablement l'opportunité de ces sanctions afin de rendre la lutte contre la contrainte économique plus dissuasive et donc plus efficace ce qui est primordiale au vu de la nature lucrative de la contrainte économique.

2. UNE OPPORTUNITÉ À RENFORCER

1430. La nullité est une sanction opportune qui permet de protéger la victime et de réparer son préjudice en annulant le contrat.

Pourtant, d'une part, la nullité pose le problème des restitutions, et d'autre part, cette sanction manque de souplesse pour les situations de contrainte économique.

1431. Les restitutions qu'entraîne la nullité posent quelques difficultés. En effet, se pose la question du montant, de la durée des restitutions et de leur régime fiscal¹¹⁸².

D'ailleurs, l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 février 1997¹¹⁸³ illustre parfaitement le fait que la nullité est une sanction peu satisfaisante. En effet, les victimes se sont désistées de leur action en nullité pour une action en réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil afin d'obtenir des dommages et intérêts.

Ainsi, de prime abord, le recours à la nullité permettant l'anéantissement rétroactif du contrat qui porte la trace d'une contrainte économique semble tout à fait opportun.

Toutefois, avec un peu de recul et au regard des situations de prédilection de la contrainte économique (les relations contractuelles dans les domaines des affaires), il serait plus adéquat d'avoir recours à une sanction qui offre plus de souplesse que la nullité.

1432. En effet, la contrainte économique a souvent lieu dans le cadre de relations commerciales tel que des contrats de distribution dont la partie faible voudrait certes se défaire de la contrainte économique qui à peser sur elle sans pour autant se défaire de cette relation commerciale dont pourra bénéficier si elle peut se défaire des effets de la contrainte économique.

Dans ces hypothèses où les parties souhaiteraient continuer le lien contractuel, bien que la nullité soit la sanction légitime, elle manque d'opportunité et surtout de flexibilité.

Le Professeur Carole OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES souligne le lien qui existe entre l'utilité du contrat et la nullité¹¹⁸⁴. Ici, la nullité est légitime à sanctionner un acte entaché de contrainte économique pour protéger le consentement de la victime. Toutefois, la nullité n'apparaît plus comme étant une sanction opportune dès lors que la victime souhaite conserver la relation contractuelle assainie de toute contrainte économique.

¹¹⁸² C. NOURISSAT, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.*, 2000, chron. p. 369.

¹¹⁸³ Com., 18 octobre 1994, *D.*, 1995, p. 180, obs. C. ATIAS.

¹¹⁸⁴ C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Paris, 2002, p. 56 et s.

1433. Dans le cas où les parties ne souhaitent plus annuler le contrat entaché de contrainte économique, il faut alors prévoir d'autres sanctions plus adéquates avec la volonté des parties.

1434. Ainsi, l'opportunité de la sanction est quelque peu discutable. En soit, il serait opportun d'annuler le contrat en cause. Mais cette annulation peut être plus défavorable à la victime car la nullité entraîne la restitution. Il semble, dès lors, important d'offrir le choix à la victime, quand bien même son consentement a été faussé, entre la nullité relative, la possibilité de renégocier le contrat et l'octroi de dommages et intérêts punitifs. Ces sanctions permettront alors d'indemniser efficacement le préjudice subi par la victime et d'être enfin dissuasives à l'égard de l'auteur de la pratique afin d'empêcher toute réitération.

1435. La nullité est une sanction inefficace et donc inopportune quand la victime veut ou doit continuer la relation commerciale mais souhaite le faire à des conditions ou à des termes plus avantageux et moins néfastes pour elle en somme à des termes qui ne sont pas entachés de contrainte économique. Au contraire, la nullité est efficace et donc opportune quand la victime ne souhaite plus continuer cette relation.

1436. Dès lors, la nullité apparaît comme une sanction rigide dont le manque de souplesse pourrait être réglé par le recours à une sanction présentant plus de souplesse comme la renégociation.

Il ne s'agit aucunement de remplacer la nullité qui est, avec la réparation du préjudice subi par la victime, la sanction naturelle et légitime pour sanctionner la contrainte économique. Il s'agit simplement d'offrir une alternative aux parties au contrat souhaitant poursuivre leur relation une fois le contrat assaini de toute contrainte économique. La renégociation semble pouvoir satisfaire à ce besoin (cf. Le recours à la renégociation : un gain de souplesse).

1437. Enfin, les sanctions doivent être dissuasives sans quoi, le traitement de la contrainte économique n'aurait pas grand intérêt.

1438. La contrainte économique une faute lucrative. Par conséquent, tant que « le jeu en vaudra la chandelle », le contractant fort continuera d'abuser de sa situation de dominant. Il faut pour cela que la sanction soit suffisamment dissuasive. Les dommages et intérêts indemnitaires ne sont pas suffisamment élevés et donc suffisamment dissuasifs pour influencer le comportement de l'auteur.

Sachant, d'ailleurs, que les auteurs de contrainte économique les plus criantes et les plus lourdes sont des super-centrales de distribution qui comptabilisent plusieurs millions d'euros de chiffre d'affaires annuel et donc pour qui ces dommages et intérêts sont insignifiants.

La fonction lucrative est essentielle notamment dans les relations commerciales où les opérateurs, qui ont recours à la contrainte économique pour extorquer le consentement de la victime, sont tenaces. Il est idéaliste de penser que de simple dommages et intérêts arrêteront ces personnes.

1439. La fonction dissuasive d'une sanction est indispensable pour un traitement efficace de la contrainte économique en raison de sa nature de faute lucrative. Il est important de rechercher cette fonction dans d'autres sanctions.

Ainsi, en plus des sanctions civiles communes qui sont légitimes et opportunes, il faut proposer le recours à des sanctions alternatives comme la renégociation de l'acte juridique et renforcer l'opportunité de la réparation du préjudice subi par la victime en ayant recours à des dommages et intérêts punitifs (cf. Des sanctions efficaces contre les situations de contrainte économique).

1440. D'ailleurs, cette volonté d'avoir recours à des sanctions toujours plus efficaces dans le but de renforcer l'opportunité de la lutte contre la contrainte économique a conduit le

législateur à opter pour des sanctions répressives et quasi-répressives. En effet, les régimes traitant de la contrainte économique reconnaissent et prévoient malheureusement, aux côtés des sanctions communes civiles, des sanctions particulières c'est-à-dire des sanctions portant en leur sein le particularisme de droit spéciaux au titre duquel les régimes traitant de la contrainte économique sont envisagés.

PARAGRAPHE II. UN RECOURS REGRETTABLE AUX SANCTIONS PARTICULIÈRES

1441. Le choix de sanctions particulières pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel est particulièrement regrettable. Contrairement aux sanctions communes civiles, le recours à ses sanctions particulières est critiquable aussi bien en opportunité qu'en légitimité.

1442. Effectivement, la contrainte économique est sanctionnée par des sanctions non répressives jugées trop clémentes (A) et par des sanctions répressives ou quasi-répressives bien trop sévère pour sanctionner des abus de déséquilibre structurel (B).

A. UN RECOURS CLÉMENT AUX SANCTIONS NON RÉPRESSIVES

1443. Le droit de la concurrence prévoit le recours à des sanctions non répressives. En effet, il prévoit le recours à des mécanismes permettant soit le rachat d'une situation de

contrainte économique, une sorte d'exemption ou d'exonération. Il existe également des mécanismes qui permettent de « négocier » en quelque sorte le sort de l'auteur.

1444. En effet, l'article L.420-4 du Code de commerce prévoit l'exemption d'une pratique anticoncurrentielle c'est-à-dire d'un abus de dépendance économique ou d'un abus de position dominante dès lors que l'entreprise justifie avoir participé, par cette action sanctionnée, au progrès économique.

1445. Ainsi, le droit de la concurrence permet de racheter une pratique anticoncurrentielle.

Cet article s'inscrit pleinement dans une logique d'exemption et donc concurrentielle bien loin de la logique contractuelle qui refuse tout rachat d'un abus d'autant plus qu'il s'agit ici de la protection du consentement de la victime. Encore faut-il qu'un abus soit excusable ?

L'exonération paraît légitime au regard de la finalité des pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, en théorie, la possibilité de rachat n'est pas légitime au regard de la finalité de l'abus de dépendance économique et de l'abus de position dominante et donc au regard de la finalité de la lutte contre la contrainte économique qui est la protection du consentement de la victime.

Bien que le droit de la concurrence ne vise que les pratiques découlant du respect d'une disposition législative ou réglementaire, ce qui est opportun et légitime car cela reviendrait à sanctionner le respect d'un texte, il convient d'affirmer, à cette occasion, clairement qu'une situation de contrainte économique ne peut être ni excusable ni exemptée.

1446. Elle n'est pas opportune car elle ne présente pas d'effet dissuasif ce qui est primordial en matière de lutte contre la contrainte économique. Ce rachat aurait tendance à encourager ces pratiques. D'ailleurs, aucune réparation pour la victime n'est prévue ici.

Il semble opportun de protéger la victime qui, peu importe, la source de la pratique, en souffre et le consentement est extorqué et devrait voir son préjudice réparé.

1447. La sanction essentielle devrait être la nullité ou une obligation de renégociation demandée ou acceptée par la victime et surveillée par le juge.

1448. Enfin, le droit de la concurrence prévoit entre autres trois mécanismes permettant de négocier le sort de l'auteur.

L'article L.464-2 I du Code de commerce prévoit l'existence d'une procédure d'engagement¹¹⁸⁵. Les autorités de la concurrence « *ne prennent pas position sur la qualification des comportements au regard des règles de concurrence et ne prononcent aucune sanction. La procédure est antérieure à la notification des griefs* »¹¹⁸⁶.

Il faut noter que la procédure d'engagement n'est pas équivalente à une reconnaissance de culpabilité. Elle ne suppose pas une reconnaissance des griefs (...). Ces engagements ont une nature double, d'une part, ils ne constituent pas un aveu ou un désaveu de culpabilité concurrentielle (...) d'autre part, ils constituent des engagements obligatoires, constatés par l'Autorité de la concurrence, dont la violation est sanctionnée comme une pratique anticoncurrentielle »¹¹⁸⁷.

1449. De plus, le droit de la concurrence prévoit également une procédure de mise en conformité. Il permet de dénoncer « *l'illicite par des procédures d'alerte, dite « alerte d'éthique* » »¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁵ Art. L.464-2-I du C. com. : « *L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L.420-1, L.420-2, L.420-5* ».

¹¹⁸⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^{ème} éd., coll. Sirey Université, Dalloz, Paris, 2011, p. 283.

¹¹⁸⁷ M. DEPINCE, D. MAINGUY, *Droit de la concurrence*, coll. Manuel, Litec, Paris, 2015, p. 304.

¹¹⁸⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*, p. 286.

1450. En somme, le droit de la concurrence prévoit le recours à des sanctions non répressives qui ont pour objet, soit d'exempter des situations de contrainte économique, soit de permettre à l'auteur de ces situations de « négocier » sa situation s'il s'engage à modifier ou cesser les pratiques prohibées.

1451. Le recours à ces sanctions est évidemment choquant et critiquable. Il faut souligner l'illégitimité de ces sanctions au regard de la finalité de la lutte contre la contrainte économique. Le recours à ces sanctions se justifie par le fait que la finalité du droit de la concurrence est la protection de la concurrence et du marché. En effet, la finalité de la lutte contre la contrainte économique est la protection du consentement vicié de la victime. La logique contractuelle dans laquelle s'inscrit la contrainte économique, refuse et rejette tout « rachat » d'autant plus qu'il s'agit, ici, de protéger l'intégrité du consentement. Au contraire, la logique concurrentielle s'inscrit pleinement dans une logique d'exemption alors même que la notion d'« abus » porte l'idée qu'un abus n'est pas pardonnable, justifiable ou excusable.

1452. De plus, il faut rejeter le recours à ces sanctions car en dehors de leur illégitimité, elles ne présentent aucune opportunité pour appréhender de manière efficace les abus de déséquilibre structurel. Elles n'ont aucun effet dissuasif. Au contraire, elles provoquent l'effet inverse. Ainsi, elles ne présentent aucune efficacité dans le traitement de la contrainte économique. Le recours à des sanctions répressives ou quasi-répressives est également à déplorer aussi bien quant à leur illégitimité que leur opportunité.

B. UN RECOURS SÉVÈRE AUX SANCTIONS RÉPRESSIVES ET QUASI-RÉPRESSIVES

1453. De nombreux régimes traitant de la contrainte économique ont recours à des sanctions répressives ou quasi-répressives.

1454. Le recours à des sanctions répressives. D'abord, le droit de la concurrence sanctionne l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique par le recours à des sanctions pénales.

En effet, l'article L.420-6 du Code de commerce prévoit que la personne ayant pris une part personnelle à l'une des pratiques de l'article L.420-2 du Code de commerce encourt une peine de 4 ans d'emprisonnement et une amende de 75 000 euros.

Dans un arrêt du 22 juin 2000, le TGI de Chartes déclare qu'un salarié peut être incriminé si la preuve d'une pratique anticoncurrentielle et d'une participation personnelle à l'infraction est apportée¹¹⁸⁹. Il faut apporter la preuve qu'il s'agit d'une participation déterminante c'est-à-dire qu'elle exclut ceux qui se sont laissé entraîner par d'autres personnes. Enfin, il faut démontrer une participation frauduleuse qui consiste pour une grande partie des magistrats en l'existence de comportements morales répréhensibles tels que des manœuvres, des contraintes, des menaces qui peuvent s'apparenter à l'escroquerie ou à la tromperie¹¹⁹⁰.

1455. Ces sanctions pénales sont légitimes au regard de la finalité poursuivie par les pratiques anticoncurrentielles. Mais elles semblent être illégitimes au regard de l'objectif de l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique qui est la protection du consentement. Elles visent davantage à protéger l'ordre public économique

¹¹⁸⁹ TGI Chartes, 22 juin 2000, *BID*, 2000, n° 9.

¹¹⁹⁰ Crim., 6 mai 2001, *Bull. crim.*, 2006, n° 124, *RTD com.*, 2003, obs. E. CLAUDEL ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^{ème} éd., coll. Sirey Université, Dalloz, Paris, 2011, p. 293.

que les intérêts des partenaires économiques. Elles sont le reflet de la logique concurrentielle qui irrigue cet article.

Le domaine de prédilection de la contrainte économique est la matière contractuelle qui ne peut pas être traitée par des sanctions pénales.

1456. L'opportunité des sanctions pénales semble avérée pour la peine d'emprisonnement mais contestable concernant le montant de l'amende. En effet, le montant de l'amende semble ridicule face aux moyens financiers et économiques des auteurs de la contrainte économique (souvent des distributeurs). Le montant de l'amende n'est pas suffisamment dissuasif.

Par ailleurs, il n'est pas non plus indemnitaire pour la victime. Ainsi, le recours aux sanctions pénales ni légitime au regard de la finalité de la lutte contre la contrainte économique et ni opportune car elles ne sont pas suffisamment dissuasives et indemnitaires.

1457. De même, le régime de l'abus de faiblesse en droit de la consommation et le régime de l'abus de vulnérabilité en droit pénal des affaires sanctionnent la contrainte économique par des sanctions pénales.

Le droit pénal sanctionne plus sévèrement l'abus de faiblesse que le droit de la consommation¹¹⁹¹. En effet, il est sanctionné de 3 ans de prison et de 375 000 euros d'amende. La peine est portée à 5 ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende si l'auteur dirige un groupe sectaire. La responsabilité des personnes morales peut être recherchée. Il existe des peines complémentaires.

Le droit de la consommation sanctionnait l'abus de faiblesse par 5 ans d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende. Seules les personnes physiques peuvent être concernées.

¹¹⁹¹ Art. 223-15-3 du C. pén.

1458. Il s'agit ainsi de deux régimes quasi-identiques qui ont le même régime et le même objectif. Seules diffèrent les sanctions. Les justifiables ont tendance à avoir plus recours au droit pénal qu'au droit de la consommation « *au vu du sentiment de complexification qu'ils éprouvent face à la procédure civile et aux coûts auxquels ils s'exposent* »¹¹⁹² et car le droit pénal couvre davantage de situations¹¹⁹³.

Il existe, toutefois, un risque de conflit de qualification.

1459. La loi LME du 4 août 2008¹¹⁹⁴ n'harmonise aucunement, ni *a maxima* ni *a minima*, les régimes d'abus de faiblesse et de vulnérabilité du droit de la consommation et du droit pénal des affaires. En effet, le législateur a refusé d'appliquer les recommandations du rapport COULON.

1460. La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation¹¹⁹⁵ prend en compte les conclusions du rapport COULON. Elle opère une modification particulièrement importante du régime qui rend le régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance en droit de la concurrence plus sévère et par conséquent moins « attractif ». La loi du 17 mars 2014 rend les sanctions plus dissuasives pour que les auteurs ne puissent pas y voir un régime lucratif, dans le but de rendre plus efficace la lutte contre la contrainte économique.

1461. Ces modifications relatives aux sanctions font écho aux suggestions du rapport COULON sur la dépénalisation de la vie des affaires¹¹⁹⁶ qui préconisait, qu'à défaut d'opérer une harmonisation des deux incriminations sanctionnant, les abus de faiblesse

¹¹⁹² P. GUILLERMIN, « Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », *AJ pénal*, 2008, p. 73 ; A. LEPAGE, « Un an de droit pénal de la consommation », *Rev. dr. pén.*, mars 2009, chron. p. 5.

¹¹⁹³ P. GUILLERMIN, *op. cit.*, p. 73 ; A. LEPAGE, *op. cit.*

¹¹⁹⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite loi LME), *JORF*, 5 août 2008, n° 0181, p. 12471.

¹¹⁹⁵ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi HAMON), *JORF*, 18 mars 2014, n° 65, p. 5400.

¹¹⁹⁶ (Dir.) COULON Jean-Marie, *La dépénalisation de la vie des affaires* (dit Rapport COULON), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, coll. Collection des rapports officiels, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, Paris, 2008, p. 41.

au sein du droit de la consommation et au sein du droit pénal des affaires et de supprimer l'une d'entre elles, de réaliser une harmonisation des peines de ces infractions, et ce, au profit de celle du droit pénal des affaires.

1462. Dans un souci de cohérence et d'efficacité, le législateur a décidé d'appliquer 6 ans après la publication les recommandations du rapport COULON. Toutefois, l'harmonisation opérée par la loi du 17 mars 2014 est *a minima*. Le législateur applique les recommandations du rapport COULON dans leur moindre mesure. Il s'agit donc d'une harmonisation qui se limite aux sanctions des régimes d'abus de faiblesse en droit de la consommation et d'abus de vulnérabilité en droit pénal des affaires rejetant donc l'idée d'une harmonisation *a maxima* c'est-à-dire d'une harmonisation des régimes afin de n'en retenir qu'un seul qui serait commun au droit de la consommation et au droit pénal.

A défaut d'harmoniser, les régimes d'abus de faiblesse et de vulnérabilité en droit de la consommation et droit pénal des affaires, le législateur décide de d'harmoniser uniquement les sanctions de ces régimes.

1463. La loi du 17 mars 2014 ayant harmonisé les sanctions retenues par le régime de l'abus de faiblesse en droit de la consommation a donc adopté le système punitif mis en place par la loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales¹¹⁹⁷.

1464. L'article 130 de ladite loi apporte quelques modifications quant aux sanctions.

¹¹⁹⁷ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, *JORF*, 13 juin 2001, n° 135, p. 9337.

1465. S'agissant des peines principales, la première modification qui peut être constatée concerne la durée maximum de la peine d'emprisonnement qui passe de 5 ans à 3 ans de prison.

1466. La seconde modification concerne l'augmentation considérable du montant maximum de l'amende qui tranche avec la clémence du législateur sur la durée de la peine de prison. En effet, le montant maximum de l'amende passe de 9 000 euros à 375 000 euros¹¹⁹⁸.

En tout état de cause, cette évolution étonnante et pour le moins, heureuse, porte clairement la volonté de punir sévèrement l'auteur. Il s'agit d'une augmentation particulièrement forte : le montant maximum de l'amende a été multipliée par presque 42.

Elle constitue une belle avancée au regard notamment de la faible répression pécuniaire et pénale dont elle faisait l'objet depuis la loi du 16 décembre 1992¹¹⁹⁹ qui avait rendu les peines de ce régime tellement faibles que ces dernières étaient loin de remplir leur fonction dissuasive, pouvant aller jusqu'à provoquer, peut être, le sentiment inverse chez l'auteur de la contrainte économique.

1467. Cette évolution s'inscrit dans une certaine modernité du droit de la consommation et notamment dans une certaine modernité du système punitif. Il est regrettable que la manière de déterminer le dédommagement ne soit pas concernée par cette avancée.

¹¹⁹⁸ Art. 130, al. 1^{er}, VII, 1^o de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi HAMON), *JORF*, 18 mars 2014, n° 65, p. 5400 : « *Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement [...]* ». Cet article a été modifié par l'Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, *JORF*, 16 mars 2016, n° 64 et il a été codifié à l'article L.132-14 du C. cons.

¹¹⁹⁹ Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *JORF*, 23 décembre 1992, n° 0298, p. 17568.

Toutefois, il est légitime de s'interroger sur la légitimité et l'opportunité de retenir des dommages et intérêts indemnitaires. En effet, l'arsenal répressif et la modernité souhaitée de ce régime et de manière générale du droit de la consommation n'auraient-ils pas été plus complet par la mise en place des dommages et intérêt punitifs ?

1468. Il ressort de ces réformes que le législateur a préféré, la répression pécuniaire à la répression pénale pour sanctionner l'abus de faiblesse et de l'abus de vulnérabilité. En effet, le recul de la répression pénale au profit de la répression pécuniaire est flagrant. La répression pécuniaire deviendrait-elle la sanction naturelle de l'abus de faiblesse et d'ignorance ?

Auparavant, le montant de l'amende tel qu'il était fixé n'avait aucun effet dissuasif sur les professionnels détenant de moyens économiques et financiers conséquents.

La plus innovante des évolutions concerne certainement la nouvelle peine pécuniaire prévue à l'alinéa 2nd de l'article 130 de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation¹²⁰⁰ qui déclare que : « *le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits* ».

Il s'agit effectivement d'un nouveau type de sanction et plus précisément une nouvelle manière offerte aux magistrats de déterminer le montant de l'amende.

1469. Cette évolution loin être anodine marque, incontestablement, la volonté du législateur de répondre avec sévérité aux auteurs de l'abus de faiblesse et d'ignorance afin de rendre ses sanctions plus dissuasives et de rendre ainsi le régime moins attractif afin de rendre la lutte contre la contrainte économique plus efficace, ce qui suppose de rendre les peines plus sévères et plus dissuasives.

¹²⁰⁰ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi HAMON), *JORF*, 18 mars 2014, n° 65, p. 5400.

Cette réforme marque un tournant car elle vient prendre en compte les gains « extorqués » par les auteurs pour calculer et déterminer le montant de l'amende. Autrement dit, le niveau de malhonnêteté des auteurs lors de l'infraction influence directement et proportionnellement sur le montant de l'amende.

La mauvaise foi pèse régulièrement sur la détermination des peines retenues mais toujours dans un cadre limité, dans un maximum, dans un plafond imposé par la loi. Ici, il n'y a de peines plafond, pas de maximum, pas de limite. C'est ainsi que cette nouvelle manière de déterminer le montant des peines apparaît innovant, majeure et nécessaire.

1470. Cette nouvelle sanction s'inscrit dans le même état d'esprit que celui des dommages et intérêts punitifs à savoir « *l'indemnisation d'un dommage et (qui est également) destinée à sanctionner le comportement de l'auteur du dommage dans un but d'exemplarité* »¹²⁰¹. Ainsi, le seul regret qui peut être exprimé est la frilosité du législateur à mettre en place un système de dommages et intérêts punitifs.

1471. Enfin, il convient de préciser que pour la première fois, le législateur retient la nullité de plein droit : « *Lorsqu'un contrat est conclu à la suite d'un abus de faiblesse, celui-ci est nul et de nul effet* »¹²⁰². Cette réforme est marquée par la volonté d'intolérance du législateur et s'inscrit dans la politique de sévérité concernant l'abus de faiblesse et d'ignorance.

1472. Les peines complémentaires ont également fait l'objet de quelques évolutions. Ces évolutions concernent uniquement les personnes morales reconnues responsables de la présente infraction.

¹²⁰¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., coll. Quadrige dicos poche, P.U.F., Paris, 2011, p. 366 : v. dommages et intérêts punitifs (dommage II).

¹²⁰² Art. 130, al. 5, VII, 2^o de la loi n^o 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi HAMON), *JORF*, 18 mars 2014, n^o 65, p. 5400.

Pour la première fois, les personnes morales peuvent faire l'objet de peine complémentaires. L'alinéa 4 de l'article 130¹²⁰³ prévoit que dans le cas où une personne morale serait condamnée à la présente infraction et que cette infraction serait réalisée pour son compte, par ses organes ou ses représentants, elle encourt comme à son habitude, que le taux maximum de l'amende lui ait applicable soit égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction¹²⁰⁴.

1473. Elle peut se voir interdire à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales (article 131-39, 2° du Code pénal) ; ou elle peut se voir imposer l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique (article 131-39, 2° du Code pénal).

1474. Ainsi, la loi du 17 mars 2014 a permis d'opérer des modifications importantes apportées au régime de l'abus de faiblesse mettant en exergue la volonté du législateur de rendre la lutte contre la contrainte économique plus efficace ; ce qui implique impérativement un régime moins attractif et donc des sanctions plus sévères et plus dissuasives.

1475. Toutefois, il peut être reproché au législateur d'avoir été frileux et avoir opté pour le maintien d'un statu quo plutôt que pour une vraie réforme en profondeur. Cette

¹²⁰³ Art. 130, al. 4, VII, 2° de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi HAMON), *JORF*, 18 mars 2014, n° 65, p. 5400 : « *Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du même Code, de l'infraction définie au présent article encourtent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 dudit Code, les peines prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du même Code. L'interdiction mentionnée au 2° du même article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les peines prévues aux 2° à 7° dudit article ne peuvent être prononcées que pour une durée de cinq ans au plus* ».

¹²⁰⁴ Art. 131-38, al. 1^{er} du C. pén. : cette sanction existait déjà, elle n'est pas nouvelle comme l'indique le législateur dans la lettre du texte en utilisant le terme « *outre* ».

harmonisation s'est faite à défaut d'une certaine intelligibilité du régime de l'abus de faiblesse.

1476. Il faut, légitimement, s'interroger sur la prochaine étape. Ne serait-elle pas celle d'une harmonisation complète des deux infractions et donc la fin de cette dualité de régime ? On ne peut que vivement le souhaiter, et ce, dans les conditions énoncées et présentées en amont c'est-à-dire dans le cadre d'une harmonisation au profit du délit de droit pénal des affaires avec un champ d'application revu et élargi aux situations tombant, exclusivement, sous le coup du régime de l'abus de faiblesse en droit de la consommation.

Cette réforme aurait le mérite d'offrir une meilleure intelligibilité à ce régime qui apparaîtrait alors plus logique, plus légitime et plus opportun. Ce qui participerait à une meilleure compréhension et une meilleure efficacité du traitement de la contrainte économique par le Droit.

1477. Le recours à des sanctions quasi-répressives. Certains régimes ont également recours à des sanctions quasi-répressives.

En effet, la loi NRE du 15 mai 2001 prévoyait la possibilité de sanctionner l'abus de dépendance économique par une amende civile. Bien qu'aujourd'hui le régime de déséquilibre significatif ait remplacé depuis la loi LME du 4 août 2008 le régime des pratiques restrictives de concurrence relatif à l'abus de dépendance économique, il est intéressant de revenir sur la légitimité et l'opportunité de l'amende civile pour sanctionner une situation de contrainte économique.

1478. En effet, il faut rappeler que dans le cadre de la présente étude, afin d'obtenir l'analyse la plus complète et la plus significative sur la contrainte économique que l'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence est retenu dans le domaine d'étude. Par ailleurs, l'analyse d'une telle sanction permettra de retirer des enseignements précieux pour juger de la qualité des sanctions de la contrainte

économique comprendre les raisons de l'échec du traitement de la contrainte économique et permettra de proposer des aménagements de qualité au traitement de la contrainte économique.

1479. L'amende civile se définit comme étant « *une amende édictée par la loi civile et prononcée par une juridiction civile qui sanctionne en général, soit le fait de se soustraire à une charge publique ou civique, soit l'usage contestable d'une voie de droit* »¹²⁰⁵.

Le recours à l'amende civile en tant que sanction est-il un choix légitime et opportun en cas de manquement à une disposition du droit des contrats ?

Le recours à l'amende civile suffit-elle pour offrir un caractère dissuasif au système punitif en place ? Les sanctions relatives à la contrainte économique sont-elles plus dissuasives avec le recours à l'amende civile ?

1480. La Cour d'appel de Nîmes¹²⁰⁶ déclare que : « *l'amende civile prononcée par les juridictions civiles ou commerciales, par sa double nature répressive et indemnitaire, et par son objet, n'est pas une sanction pénale soumise comme telle aux dispositions des articles 111-3 et 111-4 du Code pénal* ». Les juges ont affirmé que l'amende civile « *ni par sa nature, ni par son objet, ne présente un caractère pénal* »¹²⁰⁷.

1481. Il faut s'interroger sur la légitimité de l'amende civile en tant que sanction sachant qu'elle vise à sanctionner, sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce, des pratiques restrictives de concurrence dont l'objectif est la protection des partenaires économiques.

Il conviendrait de choisir une sanction qui protège la victime et les intérêts individuels de la victime davantage que l'intérêt général et l'ordre public économique. Or, un doute

¹²⁰⁵ G. CORNU, *Ibid*, p. 60 : sous amende civile.

¹²⁰⁶ Nîmes, 25 février 2010, Ministre de l'Economie c/ SAS Carrefour France, *BOCC*, 30 mars 2010.

¹²⁰⁷ Orléans, n° 11-02284, 12 avril 2012, Ministre c/ SAS Carrefour.

persiste ici car l'amende civile est reversée au ministère public. Elle tend à protéger l'ordre public économique et à indemniser le dommage économique causé à la collectivité. Le versement de l'amende civile paraît illégitime dès lors que l'amende civile est reversée au Trésor Public et non pas à la victime alors même que les pratiques restrictives de concurrence visent à protéger les intérêts des partenaires commerciaux et que c'est le consentement de la victime qui est extorqué.

En effet, elle permet de « réparer le préjudice collectif indirect subi par l'ensemble des acteurs économiques ». Alors même que les pratiques visées à l'article L.442-6 du Code de commerce et donc les pratiques restrictives de concurrence sont des pratiques qui s'inscrivent dans un rapport purement bilatéral et dont l'objet est la protection des partenaires économiques. Il est difficile de comprendre pourquoi l'amende civile est reversée au ministère public.

Il s'agit d'une incohérence et illégitimité dans ce régime. Dès lors que le but est de protéger les fournisseurs, l'amende civile n'est pas légitime et nécessaire à cette protection. En effet, le bénéficiaire est le Trésor public et non pas le fournisseur. Dès lors la légitimité est remise en question.

1482. Par ailleurs, l'opportunité de l'amende civile est également discutable.

En effet, l'opportunité d'une sanction peut se juger sur sa capacité à remplir les trois fonctions essentielles : une fonction punitive, une fonction indemnitaire et une fonction dissuasive.

Le caractère punitif de l'amende civile est avéré. Les juges du fond ont précisé que l'amende civile n'a pas un caractère pénal ni par sa nature ni par son objet, mais un caractère punitif et indemnitaire car elle restaure l'équilibre économique entre les partenaires économiques¹²⁰⁸ et elle répare « *le préjudice collectif indirect subi par l'ensemble des acteurs économiques sur le marché* »¹²⁰⁹. Toutefois, le caractère

¹²⁰⁸ Dans ce sens : Orléans, n° 11-02284, 12 avril 2012, Ministre c/ SAS Carrefour.

¹²⁰⁹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2012 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2013, p. 5.

indemnitaire n'est avéré qu'à considérer que l'objet de la protection est la concurrence et l'ordre public économique et non pas la victime de la contrainte économique. Elle ne présente pas de caractère indemnitaire car l'amende est reversée au Trésor public et non à la victime dont le préjudice n'est pas indemnisé.

1483. Par ailleurs, contrairement au montant des amendes pénales qui est en constante diminution, le montant des amendes civiles prononcées est en constante augmentation.

Il y a une augmentation significative des amendes civiles. En 2004¹²¹⁰, la DGCCRF reporte que le montant des amendes prononcées a été de 305 000 euros. Il a connu une augmentation exceptionnelle en 2005 où le montant a atteint 1 410 000 euros¹²¹¹. En 2006, le montant des amendes civiles atteint 338 000 euros¹²¹². En 2007, une augmentation de 60% avec 542 000 euros d'amendes civiles est constatée¹²¹³. En 2008, les amendes civiles prononcées représentent 1 537 000 euros¹²¹⁴. Une forte augmentation est à noter l'année suivante. En 2009, le montant des amendes civiles culmine à 4 491 301 euros¹²¹⁵. En 2010, il connaît une forte baisse ramenant le montant des amendes civiles à 756 500 euros¹²¹⁶. Cette diminution est expliquée par les nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité et le fait que les juridictions ont alors sursis à statuer. En 2011, le

¹²¹⁰ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2008, p. 3.

¹²¹¹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2008, p. 3.

¹²¹² Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2008, p. 3.

¹²¹³ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2008, p. 3.

¹²¹⁴ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2008 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2009, p. 2.

¹²¹⁵ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2009 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2010, p. 2.

¹²¹⁶ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2010 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2011, p. 5.

montant est de 2 228 000 euros¹²¹⁷. En 2012 et en 2013, le montant s'élève à 4 827 000 euros¹²¹⁸ et à 4 975 000 euros¹²¹⁹. Toutefois, en 2014, le montant des amendes civiles s'effondre à 727 000 euros¹²²⁰. Cette forte diminution des amendes civiles prononcées est due au fait que les décisions portaient essentiellement sur des problèmes procéduraux. En 2015, le montant des amendes civiles prononcées atteint 2 580 000 euros¹²²¹.

1484. Bien que, le montant des amendes civiles soit en constante augmentation, le montant individuel de ces amendes reste relativement bas, d'autant plus à l'aune des moyens financiers importants des auteurs de contrainte économique. L'amende civile est certes punitive mais elle présente un effet dissuasif très limitée et discutable. Elle ne remplit pas non plus sa fonction indemnitaire.

1485. En effet, le caractère dissuasif de l'amende civile soulève davantage d'interrogations et donc de développements.

Le traitement actuel des abus de déséquilibre structurel n'est absolument pas dissuasif alors même que la contrainte économique est une faute lucrative. Autrement dit, les auteurs retirent de l'amende civile un avantage économique supérieur aux pertes économiques qui se traduisent généralement par le versement de dommages et intérêts.

¹²¹⁷ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2011 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2012, p. 2.

¹²¹⁸ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2012 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2013, p. 2.

¹²¹⁹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2013 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2014, p. 2.

¹²²⁰ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2014 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2015, p. 2 et s.

¹²²¹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2015 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2016, p. 2.

1486. Or, à défaut d'avoir recours aux dommages et intérêts punitifs pour sanctionner la contrainte économique qui est une faute lucrative et car ils concentrent à la fois la fonction punitive, la fonction dissuasive et la fonction indemnitaire car ça porterait atteinte au principe de réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit¹²²² propre au Droit français, le législateur décide d'avoir recours à l'amende civile. Toutefois, l'amende civile ne présente pas de caractère indemnitaire pour la victime et son caractère dissuasif est discutable au vu des moyens financiers importants des auteurs de la contrainte économique.

1487. Les juges du fond rappellent que l'amende civile doit prévenir et dissuader les pratiques restrictives de concurrence et leur réitération¹²²³. En effet, le montant de l'amende civile doit être suffisamment important pour « *écarter toute nouvelle tentative de violation du principe d'ordre public d'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux* »¹²²⁴. En théorie, le montant élevé de l'amende civile « *est motivé (...) par le caractère lucratif de la faute et par la volonté de réparer (...) le préjudice collectif indirect subi par l'ensemble des acteurs économiques sur le marché, y compris les consommateurs qui ne peuvent encore exercer d'actions de groupe* »¹²²⁵. Ainsi, la Cour d'appel de Paris n'hésite pas à revoir à la hausse le montant de l'amende civile dès lors que le caractère insuffisamment dissuasif de la première amende et la gravité du comportement du distributeur sont démontrés¹²²⁶.

¹²²² Civ. 2nd, n° 08-16829, 28 mai 2009, *Bull. civ.*, 2009, II, n° 131 : Selon lequel l'indemnisation doit réparer tout le dommage mais rien que le dommage.

¹²²³ Paris, n° 13-06091, 3 décembre 2014, *Ministre c/ SAS Carrefour France*. Dans le même sens : Trib. com. Romans sur Isère, n° 2007J70079, 28 mars 2012, *Ministre c/ Sct Système U*.

¹²²⁴ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2012 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2013, p. 6.

¹²²⁵ Nîmes, 25 février 2010, *Ministre de l'Économie c/ SAS Carrefour France*, *BOCC*, 30 mars 2010.

¹²²⁶ Paris, n° 12-03177, 18 septembre 2013, *Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC)* : En l'espèce, le distributeur avait tenté d'échapper à une décision de justice et avait refusé de répondre aux demandes de la DGCCRF. La Cour d'appel prononce une amende dont le montant est 4 fois supérieur au montant de l'amende initialement prononcé (faisant passer l'amende de 500 000 euros à 2 millions d'euros).

1488. Mais les juges font une application stricte de l'amende civile. Après que les juges du fond ont rappelé que « *le principe de légalité des peines s'applique aux amendes civiles* »¹²²⁷, ils soulignent que l'amende civile est soumise au principe d'individualisation des peines qui impose aux juges une approche rigoureuse de l'amende civile.

Les juges font preuve de rigueur dans la condamnation de l'amende civile.

En effet, ils sont très précautionneux quant à la détermination du montant de l'amende civile. Les juges du fond rappellent régulièrement le caractère non automatique de l'amende civile et que l'amende civile répond au principe d'individualisation des peines soumettant ainsi l'appréciation de l'amende civile et notamment son montant à une série de critères à apprécier.

1489. En effet, la Cour d'appel de Paris a rappelé que l'amende civile n'est pas une peine automatique en ces termes : « *il serait contraire au principe d'individualisation des peines qu'une sanction civile soit automatiquement prononcée en cas de pratiques restrictives de concurrence ; que cette appréciation doit être effectuée au cas par cas, nulle peine automatique ne pouvant résulter d'un texte* »¹²²⁸.

1490. L'amende civile est également comme toute amende soumise au principe d'individualisation des peines. Les juges prennent en compte bon nombres de critères pour fixer le montant de l'amende civile assurant ainsi une prise en compte plus proche de la réalité économique vécue par les parties. Les critères à prendre en compte pour fixer l'amende à un montant suffisamment dissuasif sont : la gravité du comportement en cause¹²²⁹, le dommage à l'économie¹²³⁰, la situation individuelle de l'entreprise

¹²²⁷ Paris, n° 11-17941, 11 septembre 2013, Ministre c/ SAS Eurauchan.

¹²²⁸ Paris, n° 13-16336, 1^{er} octobre 2014, SAS Carrefour France, SAS CSF, SAC Carrefour Proximité France, SNC Interdis, SAS Carrefour Administratif France, SAS Carrefour Hypermarchés.

¹²²⁹ Paris, n° 12-03177, 18 septembre 2013, Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC) ; Trib. com. Sarreguemines, n° 2010-000357, 18 mars 2014 ; Paris, n° 13-06091, 3 décembre 2014, Ministre c/ SAS Carrefour France.

¹²³⁰ Paris, n° 12-03177, 18 septembre 2013, *op. cit.* ; Trib. com. Sarreguemines, n° 2010-000357, 18 mars 2014 ; Paris, n° 13-06091, 3 décembre 2014, *op. cit.*

poursuivie¹²³¹, l'importance du chiffre d'affaires de la société poursuivie¹²³² et l'effet d'entraînement sur les autres opérateurs économique que peut engendrer le comportement d'une société de taille et d'une certaine notoriété¹²³³.

Ainsi, les juges du fond ont diminué considérablement l'amende après avoir jugé que la gravité du comportement d'un distributeur étranger et que le dommage causé à l'ordre public étaient relatifs¹²³⁴.

1491. En effet, la Cour d'appel de Paris a réduit considérablement l'amende civile fixée par les juges du fond à 15 millions d'euros pour éviter toute récidive à 2 millions d'euros aux motifs que la gravité de la pratique illicite est tempérée par le fait que le distributeur ne l'a imposée qu'à un nombre limité de ses fournisseurs et sur une période de deux années¹²³⁵. Soit une diminution de 87% !

De même, la Cour d'appel d'Amiens a également réduit une amende civile fixée par les juges du fond à 490 000 euros à 50 000 euros¹²³⁶. Soit une diminution de près de 90% !

Mais il faut également démontrer le caractère intentionnel de la faute pour condamner au versement d'une amende civile. En effet, la démonstration de l'élément intentionnel de la

¹²³¹ Paris, n° 13-06091, 3 décembre 2014, *Ibid.*

¹²³² Paris, n° 13-06091, 3 décembre 2014, *Ibid.*

¹²³³ Paris, n° 13-06091, 3 décembre 2014, *Ibid.*

¹²³⁴ Trib. com. Sarreguemines, n° 2010-000357, 18 mars 2014 : Le ministre réclamait la condamnation à une amende civile d'un montant de 100 000 euros. Après examen de ces critères d'appréciation, les juges du fond ont prononcé une amende de 40 000 euros. En effet, les juges du fond ont jugé que « *la pratique illicite n'a pas porté sur de très gros marchés d'intérêt national, ni sur des chiffres d'affaires susceptibles d'influer sur la macroéconomie de la République française* » et que « *les faits ont été commis par une personne de nationalité étrangère qui avait pénétré pour la première fois le marché français et donc en pleine découverte de la législation française* », que les faits soulignent un « *manque de professionnalisme en matière juridique* » mais également « *une certaine volonté de s'adapter et une faculté d'entendre et de comprendre sa cliente* » et que tous éléments écartaient « *nécessairement tout aspect de volonté de nuire ou, pire, d'élimination du marché économique français de sa cliente* ». Dans un sens proche : Trib. com. Evry, n° 2009F00729, 26 juin 2013 : la condamnation au versement d'une amende civile demandée par le ministre a été rejetée par les juges du fond car le ministre avait refusé toute médiation avec le distributeur.

¹²³⁵ Paris, n° 13-19251, 1^{er} juillet 2015, Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC).

¹²³⁶ Amiens, n° 13-01532, 3 décembre 2015, SCAPARF c/ Ministre : aux motifs qu' « *il n'était pas avéré que la société ait obtenu ou tenté d'obtenir un avantage commercial sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard du service rendu* ».

faute est tout aussi important que les critères pour déterminer le montant de l'amende civile¹²³⁷.

Parfois, cette rigueur peut même s'apparenter à une certaine réticence dans la condamnation de l'amende civile d'un certain montant. Les juges du fond ont tendance à davantage les diminuer.

1492. Enfin, les juridictions civiles sont souvent minutieuses et rigoureuses dans la condamnation d'une amende civile.

En somme, certes les juges du fond font preuve de rigueur dans l'application de l'amende civile comme sanction, toutefois, cette rigueur tend à faire perdre le caractère dissuasif des amendes civiles prononcées. En effet, une amende de 2 millions et de 50 000 euros ne sont pas des montants suffisamment dissuasifs pour les distributeurs dont le chiffre d'affaires représente plusieurs centaines de millions d'euros. En ce sens, l'amende civile échoue à être une sanction efficace car l'application des juges du fond réduit à néant l'effet dissuasif tant recherché par le législateur et qui était l'une des raisons principales pour proposer l'amende civile comme sanction.

1493. Par ailleurs, la pratique montre que les magistrats retiennent souvent un montant inférieur à celui demandé. Ce qui est habituel en matière judiciaire. Toutefois, ce qui est notable c'est qu'il s'agit d'une diminution drastique du montant de l'amende civile (dans certains cas plus de 80% et parfois près de 90% du montant initialement demandé).

1494. Ainsi, la jurisprudence est particulièrement minutieuse et rigoureuse dans la détermination du montant de l'amende civile. Bien que la mise en application de l'amende civile par la jurisprudence est critiquable en ce qu'elle tend à réduire l'effet dissuasif de l'amende civile, elle illustre également que le recours aux juges peut être un choix

¹²³⁷ Trib. com. Sarreguemines, n° 2010-000357, 18 mars 2014 ; Trib. com. Paris, n° 2015-0000040, 7 mai 2015, *Ministre c/ Expedia* : les juges du fond ont débouté le Ministre aux motifs que « *le caractère intentionnel de la faute n'est pas démontré* ».

réfléchi. Ils font preuve d'une parcimonie, d'une sagesse et d'une expérience afin d'appliquer l'amende civile pour punir, indemniser et dissuader de nouvelles pratiques restrictives tout en évitant de tomber dans une dérive dans la détermination du montant de l'amende civile qui pourrait porter atteinte à toute initiative économique et à l'essence de la matière contractuelle et donc à la liberté contractuelle (liberté de contracter, de choisir ses partenaires, de contracter aux termes souhaités, force obligatoire des contrats...).

1495. Pour remédier à ce problème, le législateur est intervenu pour modifier la base de calcul de l'amende civile pour rendre le montant des amendes prononcées plus important afin de rendre l'amende civile plus dissuasive.

1496. La loi NRE du 15 mai 2001¹²³⁸ a introduit l'amende civile comme sanction des pratiques restrictives de concurrence prévoyant que « *le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros* »¹²³⁹. Une certaine incompréhension peut alors accompagner un changement inachevé. En effet, la limitation à 2 millions d'euros est incompréhensible lorsqu'il s'agit de sanctionner des distributeurs dont le chiffre d'affaires annuel est égal à plusieurs centaines de millions d'euros. Cette limitation ne permet pas à l'amende civile de remplir sa fonction dissuasive. Elle engendre un manque criant et fondamental d'efficacité dans la sanction des pratiques restrictives de concurrence.

1497. Le législateur a tenté par une loi du 17 mars 2014 d'améliorer l'efficacité du recours à l'amende civile en prévoyant que « *le prononcé d'une amende civile dont le montant ne*

¹²³⁸ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

¹²³⁹ Art. 56 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776 codifié à l'art. L.442-6 III, al. 2^{ème}.

peut être supérieur à 2 millions d'euros (...) peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées »¹²⁴⁰.

Le législateur a inséré donc une nouvelle base de calcul pour le montant de l'amende civile qui met en exergue montre sa volonté de rendre plus dissuasive l'amende civile. Par ailleurs, cette nouvelle base de calcul permet d'être plus près de la réalité économique.

1498. Cette évolution loin d'être anodine marque, incontestablement, la volonté du législateur de répondre avec sévérité aux auteurs des pratiques restrictives de concurrence et aux auteurs de contrainte économique en rendant ces sanctions plus dissuasives et ces pratiques même moins attractives.

1499. Toutefois, deux réserves peuvent être émises. La première est que cette nouvelle base de calcul permet de renforcer la fonction indemnitaire de l'amende civile bien plus que l'effet dissuasif. En effet, si la base du calcul du montant de l'amende est le triple des sommes indûment versées, c'est l'effet indemnitaire de l'amende qui est renforcé. Toutefois, cet effet indemnitaire est limité car il ne concerne que le préjudice qui aurait été subi par l'ordre public économique et non pas par la victime de la contrainte économique.

La seconde réserve concerne d'ailleurs l'effet dissuasif de l'amende civile qui n'est pas du tout renforcé. Cette nouvelle base de calcul de l'amende permet de se positionner du côté de la perte subi par la victime mais non du côté de l'auteur. Il est dur à croire que verser trois fois les sommes indument perçues empêcherait le distributeur de recommencer au vu de leur important chiffre d'affaires. D'autant que le législateur impose un plafond de 2 millions d'euros en tout état de cause à l'amende civile.

¹²⁴⁰ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi HAMON), *JORF*, 18 mars 2014, n° 65, p. 5400 (art. 9).

1500. La nouvelle base du calcul de l'amende civile est l'illustration de la prédominance des données psychologiques sur les données morales qui consiste à se placer davantage du côté de la psychologie de la victime que de celui de l'auteur. Cette réforme marque un tournant car elle vient prendre en compte les gains « extorqués » par les auteurs pour calculer et déterminer le montant de l'amende. Autrement dit, le niveau de malhonnêteté des auteurs lors de l'infraction influence directement et proportionnellement le montant de l'amende. Elle permet d'être plus proche de la réalité vécue par les parties du contrat. Bien que cette nouvelle base de calcul échoue dans sa mission de rendre les pratiques restrictives de concurrence moins attractives et plus indemnitaires.

1501. Le législateur a franchi une étape supplémentaire dans la recherche de l'efficacité et de l'insertion de la dissuasion de l'amende civile avec la loi MACRON du 6 août 2015¹²⁴¹ en prévoyant que « *le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros (...) 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* »¹²⁴².

Dorénavant l'amende civile peut être déterminée selon deux nouvelles bases de calcul. Elle peut être déterminée de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement ou elle peut être portée jusqu'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.

1502. Concernant la première base de calcul, bien que l'amende puisse être portée au triple des sommes indûment versées ce qui semble, de prime abord, renfoncer l'effet indemnitaire de l'amende car la base du calcul sont les avantages tirés injustement.

¹²⁴¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi MACRON), *JORF*, 7 août 2015, n° 181, p. 13537.

¹²⁴² Art. 34 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi MACRON), *JORF*, 7 août 2015, n° 181, p. 13537 codifié à l'art. L.442-6 III, al. 2^{ème}.

Toutefois, l'effet indemnitaire est très relatif voire inexistant car la victime n'est pas la bénéficiaire du versement de l'amende.

D'autant plus que certes l'amende civile peut être fixée de manière proportionnelle aux avantages tirés du manquement mais dans la limite de 2 millions d'euros ! Une somme bien trop faible pour avoir un effet dissuasif significatif sur les auteurs et empêcher la répétition de leurs comportements répréhensibles.

1503. Concernant la deuxième base de calcul relative à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques, il faut souligner qu'il s'agit d'une bonne initiative pour rendre l'amende civile dissuasive.

En effet, le fait de calculer le montant de l'amende civile sur la base de 5% du chiffre d'affaires de l'auteur paraît être suffisamment dissuasif pour l'empêcher de répéter la pratique prohibée. Elle répond à la volonté du législateur depuis plusieurs années maintenant de renforcer l'effet dissuasif des sanctions afin de rendre les pratiques restrictives de concurrence moins attractives et la lutte contre la contrainte économique plus effective.

1504. Par ailleurs, encore faut-il pour s'assurer de l'effet dissuasif de la sanction que les juges osent appliquer ces nouvelles bases de calcul et de prononcer des amendes civiles relativement importantes et donc dissuasives. La pratique jurisprudentielle doit se détacher de la timidité dont elle fait preuve dans le prononcé des amendes civiles.

Le montant le plus élevé des amendes prononcées est de 4 491 301 euros pour l'année 2009, de 4 827 000 euros pour l'année 2012 et de 4 975 000 euros pour l'année 2013. Ces montants comparés au chiffre d'affaires de plusieurs centaines de millions d'euros de la grande distribution paraissent ridiculement bas. L'amende civile ne sera dissuasive que si les juges prennent conscience de l'importance des moyens financiers des auteurs des pratiques restrictives de concurrence et qu'ils prennent en compte la réalité de leurs moyens financiers pour prononcer les amendes civiles. A défaut, l'amende civile ne sera

pas suffisamment dissuasive pour sanctionner la contrainte économique. Le rôle des juges est, ici, crucial.

1505. Il existe une réelle évolution entre 2011, 2014 et 2015. En effet, premièrement, le calcul de l'amende civile est bien plus précis et encadré tout en offrant aux juges la possibilité de choisir entre différentes bases de calcul en fonction de ce qu'ils semblent être le plus approprié encourageant ainsi le recours à l'amende civile comme sanction aux situations de contrainte économique. C'est une stratégie gagnante au vu du nombre d'amendes civiles prononcées qui est en constante hausse.

1506. Deuxièmement, les trois évolutions légales quant à la détermination de l'amende civile mettent en exergue la volonté non dissimulée du législateur d'introduire plus de dissuasion dans le système punitif des pratiques restrictives de concurrence.

Le législateur a, en partie, échoué car il a eu recours aux bases de calcul relatives au triple des sommes induites perçues ou des avantages tirés des manquements car seul l'effet indemnitaire de l'amende civile est renforcé. Et, il a, en partie, réussi par le recours à la base de calcul relative à 5% qui représente vraiment un gain en termes de dissuasion. C'est la voie à suivre pour rendre les sanctions plus dissuasives et les pratiques restrictives de concurrence moins attractives.

Le seul regret qui peut être exprimé est la frilosité du législateur à consacrer comme sanction les dommages et intérêts punitifs. Cette nouvelle sanction s'inscrit dans le même état d'esprit que celui des dommages et intérêts punitifs à savoir l'indemnisation du dommage subi ainsi que l'effet punitif et dissuasif en permettant de retenir un montant supérieur au dommage réellement subi pour éviter toute réitération.

1507. Enfin, l'évolution légale quant à la détermination de l'amende civile est due à la prédominance des données psychologiques sur les données morales. En effet, en prévoyant des bases de calcul pour la détermination de l'amende civile posant sur les

sommes indûment perçues ou sur les avantages tirés du manquement, le législateur souhaite une appréciation de l'amende civile toujours plus proche de la réalité économique. C'est la marque de la logique contractuelle et donc de la conquête des données psychologique sur les données morales.

1508. Le recours à l'amende civile comme sanction peut être remis en cause. Elle ne remplit pas sa fonction dissuasive d'autant plus lorsqu'il s'agit de sanctionner une faute lucrative comme la contrainte économique. Ainsi, l'opportunité de l'amende civile est discutable. De même, que sa légitimité. Il convient de se demander s'il ne serait pas plus légitime et opportun de remplacer l'amende civile par des dommages et intérêts punitifs pour sanctionner la contrainte économique (cf. Des sanctions efficaces contre les situations de contrainte économique).

1509. Ainsi, une critique commune peut être établie pour les sanctions répressives et quasi-répressives.

D'abord, ces sanctions ne sont pas légitimes à connaître la contrainte économique.

En effet, ces sanctions répressives et quasi-répressives ont pour objectif la protection de l'ordre public et dans une logique répressive. Or, la lutte contre la contrainte économique vise à protéger l'intégrité du consentement vicié de la victime. Elle s'inscrit dans une logique purement contractuelle, protectrice et curative. L'ingérence du droit pénal en matière contractuelle apparaît alors quelque peu choquante ou « extrême ». De plus, en pratique la peine d'emprisonnement n'est jamais retenue par les magistrats. Alors pourquoi maintenir la répression pénale ? Ainsi, d'une part, il y a bien une incohérence de finalité entre la lutte contre la contrainte économique et les moyens mis en œuvre pour la sanctionner.

1510. Le but de la contrainte économique est la protection du consentement de la victime. Le bénéficiaire de ces sanctions est le ministère public, alors même que l'ordre public n'a

pas pu être réparé et qu'il n'est pas l'objet de la protection. Le préjudice de la victime n'est pas réparé, la victime n'est pas protégée, son consentement n'est pas protégé...

1511. En plus d'être illégitime, le recours à ces sanctions est inopportun.

Le recours aux sanctions pénales et quasi-pénales présentent évidemment un caractère punitif important. C'est la raison principale qui explique le recours à ces sanctions.

Les sanctions pénales et quasi-pénales ne sont pas indemnitaires. En effet, les amendes ne sont pas reversées à la victime de la contrainte économique mais au Trésor Public. L'effet indemnitaire de ces sanctions est complètement absent.

Les sanctions pénales et quasi-pénales ne sont dissuasives qu'en théorie car en pratique elles ne présentent aucun effet dissuasif. En effet, elles sont dissuasives en théorie en raison de la peine d'emprisonnement qui peut susciter un sentiment de peur chez les justiciables. De même, pour le montant théoriquement élevé de l'amende qui est dissuasif.

Toutefois, en pratique, les magistrats ne retiennent jamais la peine d'emprisonnement et quand bien même, elle serait prononcée, comme bien souvent, elle ne serait pas appliquée par le jeu de remises de peines. De même, pour l'amende dont le montant maximum est fixé à 2 millions d'euros. Bien que ce soit un montant élevé, il ne représente qu'une fraction du chiffre d'affaires des auteurs de la contrainte économique qui s'élève à plusieurs centaines de millions d'euros. De plus les magistrats réduisent considérablement les prétentions des demandeurs en justice quant au montant des amendes prononcés contre les auteurs de la contrainte économique. Ainsi, en pratique, les amendes prononcées ont un montant bien trop bas pour être dissuasives.

1512. Pour conclure, le recours aux sanctions pénales est quelques peu critiquable. Il peut être expliqué à travers deux hypothèses.

Soit la présence des sanctions pénales s'explique par le fait que la contrainte économique relève de l'ordre public ou du moins que les abus de déséquilibre structurel ont un

caractère impératif, auquel cas le recours aux sanctions pénales, dont l'état est le seul bénéficiaire, est légitime.

Soit le recours aux sanctions pénales n'est pas la traduction du caractère impératif des régimes traitant des abus de déséquilibre structurel et par conséquent les sanctions pénales n'ont pas lieu d'être, le recours aux sanctions civiles est donc impératif. C'est bien le cas de la contrainte économique.

1513. Le recours aux sanctions répressives s'explique également par l'incohérence qu'il existe entre la finalité de la contrainte économique et celle des différents droits au titre desquels la contrainte économique est traitée. Ces sanctions particulières portent le particularisme des droits au titre desquels les régimes traitant de la contrainte économique sont envisagés. Ce qui met en exergue l'effet néfaste du particularisme des droits spéciaux sur le traitement de la contrainte économique. Dans ce cas, la seule raison du recours aux sanctions pénales est l'effet dissuasif qu'elles représentent mais qui est également pourvu par les dommages et intérêts punitifs qui ont l'avantage de présenter un effet indemnitaire dont la victime est la seule bénéficiaire.

1514. Le recours à des sanctions civiles plus dissuasives peut-il être une solution ?

Il semblerait que le recours, légitime et opportun, à des dommages et intérêts punitifs puissent réparer le préjudice subi et offrir un effet dissuasif à la sanction, essentiel en droit de la concurrence.

1515. Il conviendra effectivement de se tourner vers d'autres sanctions pour appréhender plus efficacement les situations de contrainte économique (cf. Des sanctions efficaces contre les situations de contrainte économique).

1516. Après avoir analysé les causes de l'échec du traitement actuel de la contrainte économique par le Droit, il est intéressant de mettre en perspective ce traitement avec

celui du droit progressif. Cette analyse permet d'étudier dans quelle mesure le droit progressif peut se présenter comme une opportunité et comme un terrain d'espoir pour la réception de la contrainte économique.

CHAPITRE II. UN TRAITEMENT MALHEUREUX DE LA CONTRAINTÉ ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT PROGRESSIF

1517. Afin de comprendre le traitement réservé à la contrainte économique par le Droit, il convient de s'attarder sur le traitement proposé par le droit progressif¹²⁴³. Ce qui permettra d'identifier, dès à présent, les erreurs pouvant être commises et les rectifier afin d'assurer un traitement cohérent et efficace de la contrainte économique dans l'avenir.

1518. La célébration du bicentenaire du Code civil s'est accompagnée de nombreux constats et analyses sur les deux cents ans de mise en oeuvre du Code civil par l'ensemble de la communauté juridique. Force est alors de constater que le Code civil est miné par des dispositions qui ne sont plus d'actualité et sont inefficaces face à une évolution prolifique de la pratique contractuelle. C'est à cette occasion que les projets de réforme du droit des obligations et du droit des contrats en droit interne ont vu le jour.

1519. Les avant-projets de réforme s'inscrivent dans la volonté de la communauté juridique de moderniser le Code civil afin de le rendre plus cohérent et plus efficace face aux défis lancés par la pratique contractuelle.

L'initiative de la rédaction de projets de réforme du droit des contrats est de nature européenne. Elle commence avec le projet de Code européen des contrats (dit projet GANDOLFI), suivi des principes UNIDROIT (1994, 2004, 2010), puis du projet LANDO et enfin du Cadre commun de référence.

Inspirée par la démarche communautaire, des juristes français décident de former plusieurs groupes de recherches afin de dresser un bilan des deux siècles de mise en oeuvre du Code civil. Cette démarche a donné lieu à l'avant-projet de réforme du droit

¹²⁴³ Le terme « droit progressif » renvoie à toutes les forces de proposition relatives à la réforme du droit des contrats (en droit interne et en droit européen). Notion empruntée à Jean Servais Nypels (Le droit pénal français - progressif et comparé).

des obligations et de la prescription (dit projet CATALA), au projet de réforme du droit des contrats élaboré par la CHANCELLERIE (dit projet de la CHANCELLERIE), et enfin, à l'avant-projet mené par l'académie des sciences morales et politiques (dit projet TERRE).

1520. Enfin, le dernier avant-projet de réforme élaboré est issu de la CHANCELLERIE.

Par une loi d'habilitation du 16 février 2015, le législateur avait répondu par la positive à une question formulée par le gouvernement qui avait été alors permis de réformer par la voie de l'ordonnance le droit des contrats¹²⁴⁴.

C'est ainsi que par l'ordonnance du 10 février 2016¹²⁴⁵, le gouvernement a adopté la nouvelle réforme du droit des obligations et des contrats.

1521. Les projets de réforme en droit interne ou droit européen ont une valeur relative en ce sens qu'ils demeurent des instruments optionnels ou des recueils de principes. Toutefois, nier leur impact serait une grande erreur.

Les principes UNIDROIT en sont un exemple parfait. En effet, « *le débouché instrumental* »¹²⁴⁶ consiste en une harmonisation voire une uniformisation qu'il soit optionnel ou obligatoire. Certains auteurs avancent la précieuse idée que l'harmonisation peut prendre plusieurs formes et qu'elle peut être réalisée sans « *forcer* »¹²⁴⁷ les Etats à accélérer ou à « *cadrer* » leur réforme c'est-à-dire que l'harmonisation est possible « *en suggérant plutôt qu'en imposant, en débattant plutôt qu'en consultant* »¹²⁴⁸. D'ailleurs, selon ces auteurs un rapprochement serait déjà en cours autour d'un modèle commun que les projets ont permis de dessiner¹²⁴⁹. Ici, les projets en droit communautaire feraient

¹²⁴⁴ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures : (article 8).

¹²⁴⁵ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

¹²⁴⁶ D. BLANC, « La longue marche vers un droit européen des contrats », *D.*, 2007, p. 1615.

¹²⁴⁷ D. BLANC, *op. cit.*

¹²⁴⁸ D. BLANC, *Ibid.*

¹²⁴⁹ D. BLANC, *Ibid.*

office de modèle, de lignes directrices pour les projets en droit interne dont les dispositions se rapprocheraient indubitablement et sensiblement et ce qui aurait à terme pour effet d'harmoniser le Droit des Etats membres au sein de l'Union européenne et donc de participer à former un droit européen des contrats¹²⁵⁰. Il s'agirait d'une harmonisation *soft law*.

En tout état de cause, il faut rappeler qu'une quelconque réforme juridique d'envergure s'engage, se mène et s'inscrit dans la durée afin de devenir un acquis juridique par une forte volonté politique¹²⁵¹.

1522. L'influence réciproque entre les projets de réforme en droit interne et les projets de réforme en droit européen.

Les projets de réforme en droit interne et en droit européen sont le fruit d'une double influence. Les projets de réforme en droit européen sont le fruit d'un « métissage juridique »¹²⁵² car leurs dispositions découlent de compromis et de concessions entre les différentes traditions juridiques européennes. Ils résultent alors d'une « *hybridation progressive et réfléchie des droits des états membres* »¹²⁵³. Les projets de réforme se présentent alors comme un instrument, un « *modèle transculturel qui empreinte aux diverses traditions, un modèle hybride et métissé susceptible d'intégrer, sans les défigurer les droits des Etats membres de l'Union européenne, un modèle qui, en raison*

¹²⁵⁰ Par exemple, prenons le cas du Cadre commun de référence, la Commission affirme clairement qu'elle souhaite que le Cadre commun de référence soit juste un « *instrument propice à une réglementation améliorée* » afin d'« *assurer la cohérence et la bonne qualité de la réglementation communautaire dans le domaine du droit des contrats* ». Le Cadre commun de référence ne serait « *pas destiné à assurer une harmonisation à grand échelle du droit privé ou à se transformer en un Code civil européen* » mais juste à « *définir clairement les termes juridiques, les principes fondamentaux et des règles modernes et cohérentes du droit des contrats pour la révision de la législation sectorielle existante et pour la préparation de nouveaux textes, le cas échéant* » : C. AUBERT DE VINCELLES, « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions... », *Dr. et patri.*, 2007, n° 165.

¹²⁵¹ P. GLAUDET, « Le code civil européen : une utopie ? », *Dr. et patri.*, 2004, n° 125 ; P. MALAURIE, « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p.7 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.*, 2007, p. 96.

¹²⁵² B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.*, 2007, p. 96.

¹²⁵³ D. BLANC, *Ibid.*

des compromis et des transactions entre les différents systèmes contractuels européens qui en constituent les sources d'inspirations »¹²⁵⁴.

1523. Le droit des états membres ont, à leur tour, inspiré certains projets de réforme en droit interne et ces-derniers ont eux-mêmes eu une influence sur les projets de réforme en droit européen. Ainsi, les projets de réforme en droit européen et en droit interne se nourrissent réciproquement dans « *un esprit de synthèse et de conciliation* »¹²⁵⁵.

Certains qualifient même cette double inspiration d'« *effet vertueux* »¹²⁵⁶. Dans la suite du développement, il conviendra de tempérer ce compliment.

1524. En effet, les PDEC¹²⁵⁷ qui résultent de la confrontation et des concessions des différents droit des états membres, sont « *le point de départ de la réflexion comparative* »¹²⁵⁸ des auteurs du projet CATALA, qui a inspiré lui-même par la suite des projets de réforme en droit européen.

Ainsi, l'inspiration européenne dans les projets de réforme en droit interne est décelable. De même que l'inspiration des dispositions des Etats membres est présente au sein des projets de réforme en droit européen.

Il en a été de même du projet de la CHANCELLERIE dont les inspirations sont aussi bien d'origine interne (issue de la communauté juridique, économique et sociale)¹²⁵⁹ que d'origine externe (européennes et internationales).

¹²⁵⁴ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959.

¹²⁵⁵ D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.*, 2008, p. 2675.

¹²⁵⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*

¹²⁵⁷ (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

¹²⁵⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *L.P.A.*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3.

¹²⁵⁹ D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 279.

C'est le cas également du projet de réforme en droit interne dont une version avait fuité¹²⁶⁰. Ces influences sont nombreuses allant des projets de réforme de droit interne tels que le projet CATALA et le projet TERRE aux projets de réforme de droit européen.

1525. Cette influence « *joue un rôle de boussole davantage que d'aimant* »¹²⁶¹, afin d'« *enrichir la discussion européenne* »¹²⁶², pour que la réponse apportée par ces projets « *ne soit pas une duplication du droit européen mais une solution originale* »¹²⁶³ ou inversement et ce, « *sans imitation servile* »¹²⁶⁴.

Certains se sont interrogés sur l'inspiration européenne du projet de la CHANCELLERIE. Ils se sont demandé si ce projet était « *un projet pour la France ou un projet pour l'Union européenne* »¹²⁶⁵. Le projet TERRE peut également, à certains égards, se voir reprocher un esprit trop européen s'agissant notamment de l'instrument choisi et de la sanction retenue pour la lésion qualifiée clairement inspirée des projets européens.

1526. En somme, les droits des états membres influencent les projets de réforme en droit européen et donc le droit européen. Ces-derniers influencent à leur tour les projets de réforme en droit interne qui tendent à modifier les droits des états membres. Il a, ainsi, une double et réciproque influence entre droit interne et droit européen.

1527. Les projets de réforme sont par essence à mi-chemin entre tradition et innovation¹²⁶⁶. En somme, ils sont le lieu de rencontre entre « *l'enracinement de notre*

¹²⁶⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

¹²⁶¹ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, *op. cit.*

¹²⁶² R. SCHULZE, « Table ronde : Le regard des juristes européens. L'avant-projet de la Chancellerie et la discussion européenne sur le droit des contrats », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 380.

¹²⁶³ M. LEHMANN, « Le projet CATALA et le droit allemand », *RDC*, 1 octobre 2007, n° 4, p. 1427.

¹²⁶⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, « Table ronde : Le regard des juristes européens », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 371.

¹²⁶⁵ P. MALINVAUD, « Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes », *D.*, 2008, p. 2551.

¹²⁶⁶ S. AMRANI-MEKKI, « Droit des contrats - Septembre 2007 - Septembre 2008 », *D.*, 2008, p. 2965.

culture avec des réformes hardies, la rationalisation de notre droit avec l'empirisme »¹²⁶⁷
et doivent « *conciliés le respect des valeurs fondamentales [...] et un esprit d'ouverture
sur d'autres idées, notions et horizons contractuels* »¹²⁶⁸.

1528. Les moyens de la modernisation : Un équilibre nécessaire entre les principes directeurs des projets de réforme

Le collectif de juristes à l'origine des projets se sont alors interrogés sur la modernisation des dispositions relatives aux obligations et aux contrats au sein du Code civil et plus précisément sur les moyens de cette modernisation.

Les projets de réforme en droit interne et en droit européen recherchent par la réforme à unir « *le souffle de la morale et celui de la liberté* »¹²⁶⁹. En effet, les projets nourrissent l'ambition d'unifier et de respecter plusieurs notions érigées en tant que principes directeurs. Ils ont, pour ambition, de créer au sein des dispositions proposées à la réforme un équilibre particulièrement habile entre liberté contractuelle, force obligatoire des contrats, sécurité juridique d'une part et justice contractuelle, loyauté contractuelle d'autre part¹²⁷⁰.

¹²⁶⁷ P. MALAURIE, « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p.7. Dans le même sens : R. SCHULZE, « Table ronde : Le regard des juristes européens. L'avant-projet de la Chancellerie et la discussion européenne sur le droit des contrats », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 380 : pour qui les projets permettent de « *combiner la tradition du Code civil français [...] avec les nouvelles tendances internationales en droit des contrats* » ou encore qui permettrait de rattacher « *les riches expériences françaises aux nouveaux développements européens et internationaux* ». P. LE TOURNEAU, « Brefs propos critiques sur la « responsabilité contractuelle » dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.*, 2007, p. 2180 : pour qui le projet de réforme du droit de la responsabilité « *comporte une part de « consolidation » du droit positif actuel, et une part de créativité, plus ou moins heureuse* ».

¹²⁶⁸ D. MAZEAUD, *Ibid*, p. 2675 ; P. STOFFEL-MUNCK, « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 45.

¹²⁶⁹ D. MAZEAUD, « Observations conclusives », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 177.

¹²⁷⁰ D. MAZEAUD, *op. cit.* ; M. LEHMANN, *op. cit.* ; B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* ; S. LE GAC-PECH, « Principes généraux et droit prospectif », *L.P.A.*, 24 juin 2011, n° 125, p. 4 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, LexisNexis, Paris, 2012.

Plus précisément, les projets de réforme sont des tentatives d'équilibre entre liberté et contrainte, entre subjectivisme et objectivisme, entre sécurité et justice¹²⁷¹. Ces équations sont présentes tout au long des dispositions proposées.

1529. En effet, renforcer la dimension éthique du rapport contractuel participe d'une réelle volonté des juristes voire d'une politique juridique du législateur français qui a par ailleurs, expressément « passé commande » afin d'obtenir la mise en place d'instruments protecteurs des contractants faibles. En effet, la question de l'équilibre entre la liberté contractuelle, la force obligatoire et la sécurité juridique d'un côté, et la justice et la loyauté contractuelle de l'autre sous-tend la question d'un juste équilibre entre « *préoccupations (consumentistes) de protection de la partie faible et souci libéral de faciliter les relations commerciales* »¹²⁷² et, par conséquent, d'un équilibre entre promotion de dispositions protectrices des contractants faibles et respect des dogmes traditionnels protecteurs de la liberté contractuelle.

1530. En effet, se pose la question de savoir comment maintenir l'équilibre entre la liberté contractuelle, la sécurité juridique et la justice contractuelle est une question qui irrigue les projets des réformes dans leur globalité et leur intégralité.

Par ailleurs, cet équilibre ne semble pas si simple à obtenir ou à maintenir. Il est l'un des grands défis de ces projets de réforme si ce n'est le plus important et demeure encore aujourd'hui un ultime pari pour les juristes notamment lorsqu'ils pensent le traitement de la contrainte économique. Dans le cas des projets de réforme en droit européen, la sécurité juridique l'emporte sur la justice contractuelle.

¹²⁷¹ D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 279.

¹²⁷² R. CABRILLAC, « Code européen des contrats », *RTD civ.*, 2007, p. 653.

1531. En effet, se pose alors la question des principes directeurs conduisant la réforme sur lesquels reposent les nouvelles dispositions. Selon les auteurs des projets, la modernisation du Code civil repose sur plusieurs principes directeurs : la cohérence, l'efficacité et la justice contractuelle¹²⁷³.

1532. Ici, le principe de la justice contractuelle fait écho à « *l'esprit de juste milieu* »¹²⁷⁴ qui est, selon le Professeur Pierre CATALA, l'essence même du droit civil. Selon lui, « *le droit civil est un droit d'équilibre, pareillement soucieux des intérêts en présence, sans a priori favorable à l'une ou l'autre partie* »¹²⁷⁵. C'est « *dans cet esprit de juste milieu que la modernisation du Code civil le maintiendra comme pivot du droit privé* »¹²⁷⁶.

La justice contractuelle se conjugue avec un esprit de solidarité qui est à l'origine des conditions de validité du contrat et qui permettrait à la volonté de retrouver tout son pouvoir.

¹²⁷³ (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005, p. 3, §3 ; Art. 18 et 135 du *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009 ; Art. 5 et 58 du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009 ; Art. 1.7 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 ; Art. 1 : 102 (liberté contractuelle) et art. 1 : 201 (bonne foi) du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 0 : 101 et s. (liberté contractuelle), art. 0 : 201 et s. (sécurité juridique), art. 0 : 301 et s. (loyauté contractuelle) de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹²⁷⁴ (Dir.) P. CATALA, *op.cit.*

¹²⁷⁵ (Dir.) P. CATALA, *Ibid.*

¹²⁷⁶ (Dir.) P. CATALA, *Ibid.*

Les juristes, auteurs des projets de réforme, considèrent que le droit civil doit être un terrain d'entente entre les maximes générales « *qui font encore la force vive du contrat* »¹²⁷⁷ et « *le particularisme des lois spéciales nouvelles* »¹²⁷⁸.

1533. Dans cette optique, les projets de réforme permettent une articulation nécessaire au sein de nombreuses dispositions entre liberté contractuelle, force obligatoire des contrats et justice contractuelle. L'injection de justice contractuelle au sein de certaines nouvelles dispositions va de pair avec une sécurité juridique accrue afin d'assurer le respect des dogmes contractuels tels que la liberté contractuelle et la force obligatoire des contrats. Ces dispositions résultent d'une équation fragile entre ces différentes notions afin d'assurer le respect des dogmes contractuels et d'assurer l'efficacité et la cohérence des dispositions.

Tel est le cas notamment du traitement de la contrainte économique au sein des projets de réforme.

1534. La justice contractuelle, la bonne foi et le principe de solidarité connaissent une place plus importante dans le droit progressif.

Effectivement, au sein des projets de réforme, la justice contractuelle s'entend comme un juste-milieu, un équilibre, une articulation entre les dogmes contractuels tels que la liberté contractuelle, la force obligatoire des contrats, la parole donnée d'une part, et la bonne foi, la solidarité d'autre part.

1535. Ainsi, la justice contractuelle telle que perçue et mise en oeuvre par les projets de réforme permet une expression commune et une application simultanée de ces dogmes. Elle permet de respecter les besoins de liberté contractuelle, la force obligatoire des

¹²⁷⁷ (Dir.) P. CATALA, *Ibid.*

¹²⁷⁸ G. CORNU, « Introduction au Livre Troisième, Titre III Des obligations » in (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005, p. 9.

contrats et celle de la parole donnée tout en protégeant les contractants faibles en introduisant un peu d'humanité dans le rapport contractuel.

La justice contractuelle permet également de mieux répondre aux défis actuels de la pratique contractuelle car le respect des dogmes contractuels comme la liberté contractuelle et la force obligatoire des contrats, la protection du consentement, les vices traditionnels du consentement permettent certes d'assurer la protection de l'existence du lien contractuel mais ils sont inadaptées et inefficaces pour traiter une nouvelle réalité, une nouvelle forme de violence plus pernicieuse qui est la contrainte économique.

Il est légitime de s'interroger sur la place croissante de ces notions au sein du droit progressif n'est pas symptomatique de l'influence croissante du solidarisme contractuel dans le Droit. C'est par la négative qu'il convient de répondre à cette interrogation. En effet, au mieux, cela peut s'expliquer la prédominance des données psychologiques sur les données morales. Autrement dit, par la conquête et la victoire du subjectivisme sur l'objectivisme.

1536. Prédominance du subjectivisme sur l'objectivisme : Prédominance des données psychologiques sur les données morales dans la réception de la contrainte économique

Les projets de réforme ne sont pas à l'abri du mouvement permettant la prééminence des données psychologiques sur les données morales. Les projets de réforme en droit interne et en droit communautaire sont non seulement le reflet de l'avancée fulgurante des données psychologiques, mais ils participent également à consolider cette avancée.

Par exemple, la prédominance de l'aspect psychologique du consentement et de la volonté est mise en avant au sein des dispositions relatives à l'interprétation de la convention et des clauses contractuelles. Plusieurs projets de réforme prévoient une prédominance de la commune volonté des parties sur la lettre de la convention et des clauses. En effet, c'est le cas du Projet LANDO au sein de l'article 5 : 101 selon lequel : « (1) *le contrat*

s'interprète selon la commune intention des parties, même si cette interprétation s'écarte de sa lettre »¹²⁷⁹.

Les projets de réforme sont davantage plus une consolidation de la jurisprudence qui s'est développée en friche et qui a comblé des lacunes législatives. Or, ces solutions jurisprudentielles se sont faites en étant les ambassadrices de cette avancée. C'est le cas de l'aspect psychologique lors de la formation du rapport contractuel. En effet, les projets ont consolidé ces jurisprudences, ou du moins s'en sont largement inspirés, ce qui explique que les circonstances psychologiques ont une place de choix dans les projets¹²⁸⁰.

1537. D'ailleurs, le choix de ces projets de réforme d'avoir recours essentiellement à des standards juridiques comme l'état de dépendance, la détresse économique, le profit excessif ou l'avantage déloyal¹²⁸¹ est le reflet d'une prédominance des données psychologiques sur les données morales dans le traitement de la violence économique et de la lésion qualifiée. En effet, le conflit entre subjectivisme et objectivisme qui sous-tend le conflit entre circonstances psychologiques et circonstances morales quant à la validité du contrat est remportée sans commune mesure par le subjectivisme¹²⁸² et donc par les données psychologiques. Il s'agit alors d'être plus proche de la victime, de l'impact de la violence et de la contrainte sur le consentement de la victime.

L'avancée des données psychologiques sur les données morales a poussé les juges à reconnaître et à traiter la contrainte économique.

Certains projets de réforme consolident l'apport crucial en l'entérinant car créateur et pionnier dans le traitement de la contrainte économique. D'autres innovent en s'appuyant sur l'acquis jurisprudentiel ou légal dégagé en matière de lutte contre la contrainte économique.

¹²⁷⁹ Art. 5 : 101 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

¹²⁸⁰ M. LEHMANN, *Ibid.*

¹²⁸¹ T. GENICON, D. MAZEAUD, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC*, 1 octobre 2012, n° 4, p. 1469.

¹²⁸² D. FENOUILLET, *Ibid.*

1538. Des objectifs divers poursuivis par les projets de réforme dans le traitement de la contrainte économique.

Loin d'être anodins les objectifs poursuivis par les projets de réforme en droit interne et en droit européen ont un réel impact sur la manière de réformer et donc sur le contenu des dispositions c'est-à-dire sur le choix des instruments, le choix des conditions et le choix des sanctions. Cette différence d'objectif et de logique impacte nécessairement les dispositions des projets de réforme. C'est le cas des dispositions réprimant la contrainte économique.

Nombres de discordances au sein des régimes traitant de la contrainte économique dans les projets de réforme s'expliquent par la différence des objectifs poursuivis par ces derniers.

1539. Bien que la démarche en droit interne se soit inspirée de l'exemple communautaire, elle ne poursuit pas le même objectif.

La démarche communautaire a pour but de créer et de poser les bases d'un droit des obligations et des contrats communs aux pays membres. Elle suit donc une logique coercitive et transversale. L'initiative nationale se manifeste lors de la célébration du bicentenaire du Code civil au terme d'un constat alarmant sur la mise en oeuvre des dispositions relatives aux droit des contrats qui met en exergue l'incohérence, l'inefficacité et l'inadaptabilité de ces dispositions aux défis de la pratique contractuelle et la nécessité de les réformer. Elle suit une logique linéaire.

1540. Les projets de réforme en droit interne poursuivent en définitive trois objectifs majeurs.

Le premier consiste à rendre le droit français des contrats plus attractif et compétitif¹²⁸³ sur la scène européenne et internationale afin d'avoir une place de choix dans le processus

¹²⁸³ D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.*, 2008, p.2675 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Ibid* ; X. HENRY, « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats...et ses commentaires », *D.*, 2009, p. 28 ; P. DUPICHOT, « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats », *Dr. et parti.*, 2015, n° 247.

d'harmonisation des systèmes juridiques et donc de permettre au droit français des contrats de redevenir « *un modèle exportable* »¹²⁸⁴ afin de trouver un écho puissant auprès du législateur européen et de législateurs étrangers.

1541. Ce souhait de rendre notre corps juridique et plus particulièrement notre droit contractuel suffisamment séduisant nécessite d'une part de moderniser le droit français des contrats en réparant la « *fracture contractuelle* »¹²⁸⁵ existant entre le droit des contrats et la pratique contractuelle. Comme le rappelle le Professeur Philippe DUPICHOT, le Code civil est un Code « *construit en contemplation d'une France des champs et préindustrielle, [...] il se devait être d'être modernisé et adapté à une France des villes, largement postindustrielle et tertiaire* »¹²⁸⁶. De même, le Professeur Pierre CATALA résume parfaitement la nécessité de réparer cette fracture, de s'assurer que le droit français des contrats soit en phase avec la pratique contractuelle et soit par la même mesure de se hisser face à la hauteur des défis lancés par la pratique contractuelle, en affirmant qu'il faut mettre « *le Code Napoléon en pleine harmonie avec la réalité d'aujourd'hui* »¹²⁸⁷ tout en introduisant plus de souplesse et de malléabilité ; en somme, en faisant preuve de pragmatisme, de précision et de cohérence¹²⁸⁸ dans les dispositions afin qu'elles puissent faire face au monde des affaires.

¹²⁸⁴ D. MAZEAUD, « Observations conclusives », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 177. Dans le même sens : Pour que le droit français des contrats retrouve « les couleurs de la passion et les chemins de la conquête » ; P. MALINVAUD, « Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes », *D.*, 2008, p. 2551 ; G. PATETTA, « Réforme du droit des contrats : l'avis de professionnels », *RLDC*, 2008, n° 54.

¹²⁸⁵ D. MAZEAUD, *op. cit.* ; Dans le même sens : M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet » », *JCP*, 22 octobre 2008, n° 43, I, 199 ; P. CATALA, « Au-delà du bicentenaire », *RDC*, 1 octobre 2004, n° 4, p. 1145.

¹²⁸⁶ P. DUPICHOT, *op. cit.*

¹²⁸⁷ P. CATALA, « Au-delà du bicentenaire », *RDC*, 1 octobre 2004, n° 4, p. 1145.

¹²⁸⁸ M. MEKKI, « Droit des contrats - Observations », *L.P.A.*, 12 février 2009, n° 31, p. 103.

1542. Et d'autre part, ce souhait nécessite que le Code civil redevienne le droit commun des contrats ; qu'il retrouve « *son rôle fondateur du droit français des contrats* »¹²⁸⁹, rôle qu'il a laissé depuis plusieurs décennies aux droits spéciaux¹²⁹⁰ (droit de la concurrence, droit de la consommation en particulier).

1543. L'un des objectifs cruciaux des projets de réforme est de rendre le Code civil plus cohérent et plus efficace afin de permettre au droit civil de demeurer le droit commun des contrats malgré l'évolution de la pratique contractuelle.

Effectivité, face à une pratique contractuelle abondante et toujours plus complexe, les droits spéciaux semblent mieux placés pour appréhender les subtilités et les nouveautés de l'ingénierie contractuelle que le droit civil, ancré dans un passé révolu du droit contractuel car inadapté et dépourvu face aux nouveaux défis de la pratique contractuelle.

1544. Les dispositions du Code civil apparaissent comme étant obsolètes et la rigidité du Code civil est un grand obstacle quant au recours à ces dispositions. La réponse des droits spéciaux a été plus adéquate, plus réactive, plus proche de la réalité, plus pragmatique, en somme, plus efficace. Si bien qu'on a pu s'interroger sur la place qu'occupe les droits spéciaux et se demander s'ils n'étaient pas en passe de devenir le nouveau droit commun des contrats.

1545. Aussi, ces juristes tentent via les projets de réforme de réhabiliter le droit civil comme le droit commun des relations contractuelles. De manière très pragmatique, le Professeur Pierre CATALA déclare que le droit des obligations « *doit être le siège de maximes générales qui édictent un droit commun actualisé, recouvrant et ménageant à la fois le particularisme des lois spéciales nouvelles* »¹²⁹¹. Ainsi, la volonté de réformer

¹²⁸⁹ S. AMRANI-MEKKI, « Droit des contrats - Septembre 2007 - Septembre 2008 », *D.*, 2008, p. 2965. Dans le même sens : D. MAZEAUD, *Ibid.* : « la matrice du droit français des contrats », « le forum du droit des contrats », ou encore « le pilote du droit des contrats ».

¹²⁹⁰ D. MAZEAUD, *Ibid.*

¹²⁹¹ (Dir.) P. CATALA, *Ibid.*

le Code civil porte également le désir de permettre au droit civil de rester le droit commun des contrats.

1546. Le second objectif consiste à favoriser l'intelligibilité et l'accessibilité du Droit français des contrats qui ont d'ailleurs valeurs constitutionnelles¹²⁹² en regroupant toutes les dispositions relatives au droit des contrats au sein du Code civil¹²⁹³.

1547. Enfin, le dernier objectif consiste à assurer au sein des dispositions proposées lors de la réforme du droit des contrats un équilibre subtil entre la liberté contractuelle et la justice contractuelle¹²⁹⁴.

1548. Les objectifs poursuivis par les projets de réforme en droit européen peuvent être regroupés en deux catégories.

Le premier consiste à favoriser le commerce international et européen au sein du marché intérieur¹²⁹⁵ afin d'avoir plus de poids dans les échanges internationaux.

¹²⁹² Cons. const., n° 99-421 DC, du 16 décembre 1999, *JORF*, 22 décembre 1999, p. 19041 donne valeur constitutionnelle aux exigences d'accessibilité et d'intelligence du Droit.

¹²⁹³ S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.* ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Ibid.* ; M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet » », *JCP*, 22 octobre 2008, n° 43, I, 199 ; P. FOMBEUR, « Entre réforme achevée et réforme annoncée », *RLDC*, 2009, n° 58 ; P. DUPICHOT, *Ibid.* ; P. LE TOURNEAU, « Brefs propos critiques sur la « responsabilité contractuelle » dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.*, 2007, p. 2180.

¹²⁹⁴ P. ANCEL, P. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARRE, S. PIMONT, « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP*, 26 novembre 2008, n° 48, I, 213 ; B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *L.P.A.*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3 ; M. FONTAINE, « Table ronde : Le regard des juristes européens. Quelques observations à propos du projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 372 ; F. TERRE, « La réforme du droit des contrats », *D.*, 2008, p. 2992 ; M. MEKKI, *Ibid.* ; O. DESHAYES, « Analyse de l'avant-projet de réforme du droit des contrats : principes directeurs et formation des contrats », *EDCO*, 1 octobre 2008, n° 4, p. 2.

¹²⁹⁵ C. AUBERT DE VINCELLES, « Droit européen des obligations Juillet 2009 - Juillet 2010 », *RTD Eur.*, 2010, p. 695 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.*, 2007, p. 96.

Pour cela, les projets cherchent par la réforme à construire une « *identité contractuelle européenne* »¹²⁹⁶. La question qui se pose est : entre la supra-tradition civiliste ou tradition *common law*¹²⁹⁷ qui pourra jouer « *le rôle de modèle fondateur* »¹²⁹⁸ d'un droit du contrat au sein de l'Union européenne ?

Autrement dit, ils souhaitent créer un droit européen des contrats. La création d'un tel droit nécessite de rationaliser, en amont, la règle de droit accessible¹²⁹⁹ qui représente en raison des différents systèmes juridiques un véritable défi au sein de la communauté. C'est ainsi que l'harmonisation des dispositions du droit des contrats des Etats membres s'impose¹³⁰⁰. Il s'agit plus largement de la « *création d'une identité européenne commune* »¹³⁰¹. Le but étant de créer chez les peuples européens un sentiment identitaire, un sentiment d'appartenance à un peuple dans une « Europe des citoyens » avec une culture et des valeurs communes¹³⁰².

1549. Enfin, le second objectif poursuivi est celui d'assurer, comme les projets de réforme en droit interne, un équilibre entre les deux « *mamelles du droit nouveau des contrats* »¹³⁰³ c'est-à-dire entre la liberté contractuelle, la sécurité juridique et la loyauté contractuelle et ainsi, assurer un équilibre particulièrement habile entre la promotion des échanges économiques et l'efficacité économique des dispositions juridiques et la protection des contractants faibles¹³⁰⁴.

¹²⁹⁶ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.*, 2007, p. 96.

¹²⁹⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*

¹²⁹⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, *Ibid.*

¹²⁹⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, *Ibid.*

¹³⁰⁰ Dans le même sens : R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD civ.*, 2007, p. 451 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Ibid.*

¹³⁰¹ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Ibid.*

¹³⁰² C. AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.* ; D. MAZEAUD, *Ibid.*, p. 2959.

¹³⁰³ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, p. 291. Dans le même sens : C. AUBERT DE VINCELLES, *Ibid.* ; D. MAZEAUD, *Ibid.*

¹³⁰⁴ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *op. cit.*

1550. En tout état de cause, le traitement de la contrainte économique par le droit progressif via les projets de réforme en droit interne et en droit européen est un sujet majeur discuté dans la communauté juridique.

Comme le rappelle le Professeur Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « *le succès des codifications doctrinales [...] s'apprécie à l'aune d'une part, de leur impact en tant que modèle pour les législateurs ou les juges, et d'autre part, de leur utilisation effective par les parties et les arbitres* »¹³⁰⁵.

Or, force est de noter que tel quel le traitement de la contrainte économique risque malheureusement de ne plus être sollicité comme il le devrait.

1551. Après avoir analysé la réception de la contrainte économique par le droit positif et après avoir identifié les raisons de l'échec du traitement actuel de la contrainte économique, il est intéressant de se tourner vers le droit progressif pour étudier et de voir dans quelle mesure il est porteur d'espoir quant à la réception des abus de déséquilibre structurel.

1552. A l'issue de l'étude des projets de réforme en droit interne et en droit européen, le constat qui se dresse est relativement décevant. En effet, le droit progressif réitère les mêmes travers et les mêmes lacunes que le droit positif. Il porte en lui les mêmes insuffisances que le droit positif.

1553. A l'instar du traitement actuel des abus de déséquilibre structurel, le droit progressif opte pour un traitement indirect de la contrainte économique c'est-à-dire par le biais d'autres notions que celle de contrainte économique.

¹³⁰⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, *Ibid.*

1554. Par ailleurs, le choix des instruments pour connaître de la contrainte économique est regrettable (Section I). En effet, soit les instruments choisis sont illégitimes à connaître la contrainte économique car ils poursuivent une finalité différente de celle de la lutte contre la contrainte économique et sont animés d'une logique différente de celle de la lutte contre les abus de déséquilibre structurel. Soit, ils sont inopportuns à connaître la contrainte économique car ils ont pour effet d'étouffer le champ d'application de la contrainte économique et donc freiner la réception des abus de déséquilibre structurel. Aussi, la réception de la contrainte économique doit être repensée au profit d'une réception directe de la contrainte économique au titre d'un régime propre (cf. Des remèdes indispensables à prescrire pour un traitement efficace et cohérent de la contrainte économique).

1555. Enfin, le régime des instruments est également critiquable (Section II). En effet, le traitement de la contrainte économique par le droit progressif porte les mêmes vices que le traitement de la contrainte économique par le droit positif. En effet, aucune erreur n'a été corrigée ou rectifiée.

1556. Ainsi, les mêmes maux expliquent l'échec du traitement actuel de la contrainte économique expliquent l'épouvantable réception des abus de déséquilibre structurel au sein du droit progressif.

1557. Ainsi, il y a urgence à revoir les conditions de ces régimes qui sont plus que corrigibles. Il est impératif de discuter des structures punitives encadrant et sanctionnant les situations de contrainte économique. En effet, les projets de réforme requièrent la démonstration de conditions inutiles pour caractériser une situation de contrainte économique tout en omettant de requérir la démonstration de conditions impératives à la lutte contre la contrainte économique.

1558. De même, concernant les sanctions, les projets de réforme tranchent soit en optant pour une structure punitive traditionnelle qui nécessite d'être réformée afin d'être plus dissuasive et donc plus opportune ; soit ils optent pour une structure punitive certes innovante, mais qui se fait au prix de cohérence et de l'efficacité.

SECTION I. LE CHOIX DÉPLORABLE DES INSTRUMENTS TRAITANT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1559. Le traitement réservé par le droit progressif à la lutte contre la contrainte économique est miné par le choix des instruments pour traiter de la contrainte économique. En effet, la réception de la contrainte économique par le droit progressif est critiquable à plusieurs égards.

D'abord, les projets de réforme ont fait le choix de connaître de la contrainte économique de manière indirecte c'est-à-dire à travers d'autres notions que celle de la contrainte économique. En effet, tous les projets de réforme que ce soit en droit interne ou en droit européen traitent de la contrainte économique soit à travers la violence économique soit à travers la lésion qualifiée.

1560. Le choix même des instruments traitant de la contrainte économique par les projets de réforme en droit interne ou en droit européen est à déplorer. En effet, soit les instruments choisis pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel poursuivent une finalité étrangère à celle de la lutte contre la contrainte économique auquel cas ils ne sont pas légitimes à connaître de la contrainte économique c'est le cas essentiellement de la lésion qualifiée (Paragraphe I) ; soit les instruments choisis sont inopportuns à sanctionner la contrainte économique en ce sens qu'ils ont pour effet d'étouffer le champ d'application de la contrainte économique et donc de limiter la lutte contre les abus de déséquilibre structurel, c'est le cas de la violence économique (Paragraphe II). En tout état de cause, le choix des instruments renforce l'incompréhension du traitement de la contrainte économique.

PARAGRAPHE I. DES INSTRUMENTS POURSUIVANT UNE FINALITÉ ÉTRANGÈRE À LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1561. Le droit progressif a fait le choix de traiter de la contrainte économique de manière indirecte c'est-à-dire au titre de notions différentes de celle de la contrainte économique.

Toutefois, ce choix du droit progressif de reconnaître indirectement la contrainte économique est regrettable. Il serait plus cohérent de prendre en compte la contrainte économique au titre d'un régime propre. Par ailleurs, le choix des instruments traitant la contrainte économique est critiquable à plusieurs égards.

1562. A l'exception du projet TERRE, les projets de réforme en droit interne ont fait le choix de la violence économique comme instrument de traitement de la contrainte économique.

Le projet CATALA sanctionne la contrainte économique au sein de l'article 1114-3 au titre de la violence économique. Le projet de la CHANCELLERIE reconnaît la contrainte économique au sein de l'article 63 au titre de la violence économique. Bien que ces articles ne comportent aucun intitulé, la rédaction suffisamment claire et l'inspiration jurisprudentielle¹³⁰⁶ clairement assumée permet d'affirmer que c'est la contrainte économique qui est envisagée par le biais la violence économique.

De même, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats¹³⁰⁷ traite la contrainte économique au titre de la violence économique. Ce choix est cohérent par rapport à l'analyse menée sur les liens existants entre la logique, la finalité, le choix de l'instrument et le choix du régime.

¹³⁰⁶ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »* ; Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*.

¹³⁰⁷ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

Dans les deux projets de réforme ainsi que dans l'ordonnance du 10 février 2016, la violence économique est la situation dans laquelle une personne abuse de la situation de faiblesse d'une autre dans le but de le faire contracter ***afin de retirer un avantage excessif*** (Projet CATALA et l'ordonnance du 10 février 2016) **ou supérieur** (Projet CHANCELLERIE) à celui qu'il aurait pu retirer sans la contrainte.

1563. C'est inspiré par les projets de réforme au niveau communautaire que le projet TERRE fait le choix de traiter la contrainte économique au titre de la lésion qualifiée.

Effectivement, fortement inspirés par ces-derniers, les projets de réforme au niveau communautaire et le projet TERRE ont fait le choix de la lésion qualifiée. Elle est retenue comme instrument de traitement de la contrainte économique par la majorité des projets de réforme en droit européen.

Le projet TERRE a fait le choix de prendre en compte les situations de contrainte économique au sein de la lésion qualifiée au titre de l'article 66.

De même, le projet GANDOLFI sanctionne la contrainte économique au titre de l'alinéa 3 de l'article 30 intitulé « Contenu licite et non-abusif ». Le projet LANDO reconnaît la contrainte économique au sein de l'article 4 : 109 intitulé « Profit excessif ou avantage déloyal ». Dans le même esprit, la contrainte économique est connue du Cadre commun de référence au titre du même article. Enfin, les principes UNIDROIT traitent des situations de contrainte économique au titre de l'article 3.2.7. intitulé « Avantage excessif ».

1564. Ainsi, les projets de réforme en droit européen sanctionnent la contrainte économique indirectement au titre de la lésion qualifiée.

La contrainte économique s'exprime ici à travers la lésion. Il y a un élargissement de la lésion. En droit civil, il y a lésion quand il y a un grave déséquilibre entre les prestations contractuelles : soit un prix insuffisant, soit au contraire un prix excessif.

Ici, il y a lésion quand il y a un déséquilibre excessif, au moment de la formation du contrat, né d'une exploitation abusive d'une situation faiblesse.

Par ailleurs, la lésion est strictement conditionnée. Le recours à la lésion est exceptionnel. Ici, les conditions sont plus souples et le recours à la lésion est « généralisé ». La lésion qualifiée devient pour les projets de réforme en droit européen l'expression de la contrainte économique.

1565. Un choix de traitement critiquable à plusieurs égards. Le choix de l'instrument est discutable pour plusieurs raisons. Ces instruments ne peuvent pas répondre convenablement aux caractéristiques de la contrainte économique et donc ne peuvent pas traiter efficacement et de manière cohérente les abus de déséquilibre structurel.

1566. L'objectif poursuivi par ces deux instruments est la sanction des abus de déséquilibre structurel.

La finalité a un impact sur le choix de l'instrument et donc sur le choix du régime mis en place (conditions et sanctions). Or, nombreuses discordances au sein des régimes traitant de la contrainte économique dans les projets de réforme s'expliquent par la différence des objectifs poursuivis par ces-derniers.

Les projets de réforme en droit interne ayant opté pour la violence économique retiennent comme sanction la nullité¹³⁰⁸. Alors que les projets de réforme en droit communautaire

¹³⁰⁸ Art. 1115 du (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005 ; Art. 64 du *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009 ; Art. 66 du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009 : la nullité est envisagée ici comme une sanction subsidiaire.

ainsi que le projet TERRE ayant fait le choix de la lésion qualifiée retiennent comme sanction de rééquilibrer le contrat¹³⁰⁹, de le rescinder¹³¹⁰, de l'adapter¹³¹¹.

1567. S'agissant de la violence économique, la sanction retenue étant la nullité, l'objet de la protection est le consentement du contractant faible.

1568. Alors que pour la lésion qualifiée, l'objet de la protection est le contrat. Il s'agit de protéger la convention afin de préserver le rapport contractuel. Le but est alors de protéger le rapport contractuel afin de protéger l'efficacité économique générée par cette relation contractuelle. Ce qui d'ailleurs explique pourquoi les juristes retiennent comme sanction le rééquilibrage du contrat et non la nullité. Dans l'optique de préserver le rapport contractuel afin de protéger l'efficacité économique qu'il génère, les juristes décident de sanctionner l'abus de déséquilibre structurel en annulant ses effets c'est-à-dire en supprimant le déséquilibre contractuel.

Il faut noter que l'exploitation abusive d'un déséquilibre structurel se distingue d'un déséquilibre contractuel, que le déséquilibre contractuel peut en être le résultat d'un abus de déséquilibre structurel. En rééquilibrant le contrat, les juristes décident de résoudre le problème de la contrainte économique en ne supprimant pas la situation de contrainte économique, mais son effet. Ce n'est pas la cause mais l'effet qui est supprimé, laissant subsister donc l'abus lui-même de déséquilibre structurel.

¹³⁰⁹ Art. 66, al. 1^{er} du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

¹³¹⁰ Art. 30, 3 du (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001.

¹³¹¹ Art. 3. 2. 7., 2 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 ; Art. 4 : 109, 2 et 3 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208 2 et 3 de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

Cette position s'inscrit dans une tendance beaucoup plus générale de la recherche de l'efficacité économique.

Comme le souligne le Professeur Philippe STOFFEL-MUNCK : « *le souci de préserver les ressorts de la création de richesse est devenu crucial et la recherche de la croissance économique est un objectif constant* »¹³¹².

1569. En érigeant la violence économique comme instrument de traitement de la contrainte économique, les projets de réforme en droit interne poursuivent comme finalité la lutte contre les abus de déséquilibre structurel.

Les projets de réforme en droit communautaire ont fait le choix de la lésion qualifiée comme instrument pour connaître la contrainte économique dont la finalité semble être, de prime abord, la sanction des déséquilibres contractuels. Toutefois, le choix de sanction qui est le rééquilibrage du contrat permet d'affirmer que la finalité est davantage la survie du rapport contractuel et notamment la recherche de l'efficacité économique.

1570. Les projets de réforme en droit interne retenant la violence économique s'inscrivent davantage dans une logique traditionnelle et civiliste des vices du consentement. Ils se focalisent plus sur les causes de l'engagement.

L'approche traditionnelle cherche davantage à intégrer de la justice contractuelle dans la relation contractuelle. La logique de la violence économique tel qu'elle est présentée par les projets de réforme est une approche traditionnelle des vices du consentement. Ce qui compte est la recherche de la cause de l'engagement, du « oui » au contrat. Est-ce que le contrat a été formé volontairement ? Est-ce que le consentement donné est libre et éclairé?

¹³¹² P. STOFFEL-MUNCK, « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 45.

1571. Alors que, les projets de réforme en droit communautaire s'inscrivent davantage dans une approche libérale des vices du consentement se focalisant davantage sur le résultat.

Dans l'approche libérale la liberté contractuelle et la sécurité juridique semblent primer sur la justice contractuelle.

La logique qui sous-tend la lésion qualifiée est une approche libérale d'origine européenne. Les juristes ont fait le choix de se focaliser davantage sur le résultat du rapport contractuel que sur la cause de ce rapport contractuel.

Si le résultat du rapport contractuel est un déséquilibre contractuel issu d'une exploitation abusive d'un déséquilibre structurel alors les projets de réforme ayant opté pour la lésion qualifiée suggère que la sanction devrait être de rééquilibrer le contrat et non d'annuler le contrat. C'est ainsi que la finalité poursuivie est l'équilibre contractuel, la recherche de l'efficacité économique et la protection du rapport contractuel générateur de cette efficacité économique en cas d'abus de déséquilibre structurel ainsi que la protection du consentement du contractant faible.

1572. La violence économique porte sur la cause du rapport contractuel. La sanction est la nullité, sanction qui s'inscrit dans une logique contractuelle. Par ailleurs, la lésion qualifiée porte sur le résultat du rapport contractuel. La sanction retenue est la révision.

Il y a donc une certaine logique entre l'objet du régime et la sanction bien que l'objet du régime soit en désaccord avec l'objet de la finalité qui est la lutte contre la contrainte économique.

1573. Ces instruments, poursuivent en effet, une logique différente de celle de lutte contre la contrainte économique. Cette différence de finalité entre ces deux instruments et la finalité de la lutte contre la contrainte économique s'explique par la différence des logiques qui sous-tendent ces instruments et la lutte contre la contrainte économique.

Pourtant, « *la volonté de réagir contre les déséquilibres contractuels excessifs qui n'ont pas d'autre raison d'être que l'exploitation abusive par un contractant du rapport de force qui existait lors de la conclusion du contrat* »¹³¹³ est clairement affichée.

Ainsi, par le biais de la violence économique, les projets attestent d'une certaine faveur pour l'équilibre contractuel au stade de la formation du contrat¹³¹⁴ car ils ne sanctionnent que le déséquilibre contractuel.

Donc, il semblerait qu'il y a un déplacement de l'objectif. Il ne s'agit plus de protéger le consentement de la victime qui a été vicié par l'abus d'un déséquilibre structurel et qu'il l'a conduit à passer un engagement mais de sanctionner le déséquilibre contractuel né d'un abus de déséquilibre structurel. Ainsi, dorénavant, c'est l'équilibre contractuel qui fait l'objet de la protection. La contrainte économique est-elle mieux sanctionnée ?

1574. Il faut répondre par la négative. Désormais, seuls les abus de déséquilibre structurel ayant conduit à un déséquilibre contractuel sont sanctionnés. Ainsi, certaines situations ne seront pas sanctionnées alors même qu'elles découlent d'une situation de contrainte économique. C'est le cas du déséquilibre contractuel issu d'un abus de déséquilibre structurel qui n'est pas excessif.

Comme le souligne si justement le Professeur Denis MAZEAUD : « *l'impératif de l'efficacité économique du Droit, dont la dimension libérale et utilitariste tranche avec les valeurs que véhicule le modèle contractuel français, qui conjugue aussi le doit des contrats au son de valeurs morales, sociales et humanistes* »¹³¹⁵. En effet, l'objectif du droit des contrats est certes de « *préserver le contrat pour en assurer l'effectivité* »¹³¹⁶

¹³¹³ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *L.P.A.*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3.

¹³¹⁴ F. CHENEDE, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA*, 2009, p. 923.

¹³¹⁵ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, p. 291, §12.

¹³¹⁶ V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation/droit des contrats : le bilan 20 ans après », *L.P.A.*, 15 avril 2015, n° 75, p. 4.

dont « l'article 1134¹³¹⁷ du Code civil en est la pierre angulaire »¹³¹⁸. Toutefois, cette effectivité du contrat ne saurait prévaloir sur la protection de l'intégrité du consentement qui reste au coeur des préoccupations du droit des contrats.

1575. La logique civiliste de la violence économique tend à protéger le consentement de la victime et à instaurer davantage de justice contractuelle dans les rapports contractuels. Ce qui expliquerait que les projets de réforme ayant opté pour la violence économique retiennent comme sanction la nullité du contrat.

Alors que la logique libérale de la lésion qualifiée dont le but est davantage la protection de la liberté contractuelle et de la sécurité juridique que celle de la loyauté contractuelle explique que la sanction retenue est le rééquilibrage du contrat. Le but étant la protection de l'efficacité économique générée par le rapport contractuel ce qui passe par la survie et la protection du rapport contractuel.

1576. Or, la logique de la contrainte économique se trouve à mi-chemin entre la logique poursuivie par la violence économique et celle poursuivie par la lésion qualifiée.

En effet, la logique de la lutte contre la contrainte économique à l'instar de celle de la violence économique s'inscrit dans une approche civiliste. Mais à la différence que la lutte contre la contrainte économique ne s'inscrit pas complètement dans une logique traditionnelle des vices du consentement. Elle se rapproche alors davantage de la lésion qualifiée. En ce sens qu'elle ne limite pas son champ d'application au stade de la formation du contrat.

A l'instar de la violence économique la logique de la contrainte économique se focalise sur la cause du rapport contractuel et non sur le résultat comme c'est le cas pour lésion qualifiée.

¹³¹⁷ Nouvelle codification : art. 1103 et art. 1104 du C. civ. depuis 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*, 11 février 2016, n° 35.

¹³¹⁸ V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, *op. cit.*

Par ailleurs, la logique qui sous-tend la contrainte économique se situe à mi-chemin entre la justice contractuelle qui permet de protéger le contractant faible et la liberté contractuelle et la sécurité juridique.

1577. En somme, il faut souligner que le choix de la lésion qualifiée comme instrument de lutte contre la contrainte économique est malheureux car elle poursuit une finalité différente et elle est animée par une logique différente de celle qui anime la lutte contre la contrainte économique.

1578. Certains projets de réforme ont préféré opter plutôt pour la violence économique comme instrument de sanction des abus de déséquilibre structurel. Toutefois, à ce titre, quelques réserves peuvent être exprimées.

PARAGRAPHE II. DES INSTRUMENTS ÉTOUFFANT LE CHAMP D'APPLICATION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1579. Malgré des changements mineurs du régime du vice traditionnel de violence dû à l'influence de la contrainte économique qui s'inscrivent dans le cadre de la prédominance des données psychologiques sur les données morales, le lien maternel entre vice traditionnel de violence et la violence économique ne disparaît pas. Bien au contraire, le régime de violence économique envisagé et mis en place par les projets de réforme porte en lui la rigidité traditionnelle de la conception classique du droit civil.

1580. Le champ d'application de la violence économique et de la lésion qualifiée tels qu'ils sont établis par les projets de réforme portent atteinte à l'efficacité du traitement de la contrainte économique.

En effet, la violence économique limite son champ d'application à la formation du contrat. Les projets de réforme, ayant choisi la violence économique pour prendre en compte la contrainte économique, ont opté pour une portée limitée de la réception de la contrainte économique car restreint la réception de la violence économique à la formation du contrat. La violence économique est consacrée en tant que vice du consentement et ne concerne que la formation du contrat et l'exécution du contrat.

1581. Cette prise en compte de la contrainte économique au stade de la formation s'explique par le fait que la contrainte économique a été, dès ses origines, en Droit romain, assimilée à la violence¹³¹⁹. Elle était considérée comme étant un défaut de liberté de la victime. Par ailleurs, la contrainte économique a toujours été, en droit civil, envisagée au titre de la violence que ce soit par la doctrine ou la jurisprudence plus récente¹³²⁰. Or, la violence étant un vice du consentement, la violence économique n'est donc envisagée qu'au stade de la formation ce qui est regrettable.

1582. Le traitement de la contrainte économique doit avoir lieu également lors de l'exécution et de la rupture du contrat. En raison, des principes de justice contractuelle, de bonne foi, et plus largement de l'impératif d'immoralité au regard desquels la contrainte économique est sanctionnée et tout simplement car c'est la réalité économique et juridique. En effet, l'abus de déséquilibre structurel peut avoir lieu au stade de la formation du contrat mais également lors de l'exécution du contrat. Enfin, la but de la lutte contre la contrainte économique étant la protection de la partie faible, il faut que le domaine d'application soit le plus large possible. Ainsi, davantage de situations seraient

¹³¹⁹ En Droit romain, on la désignait *metus causa* : c'était la crainte née de menaces de violence.

¹³²⁰ Req., 21 avril 1887, L'affaire Le ROLF, *DP*, 1888, I, p. 263 ; *S.*, 1887, I, p. 372 ; Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Depris c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »* ; Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*.

prises en compte ce qui permettrait de dynamiser la lutte de la contrainte économique. « *La modernisation du Code civil ne doit pas conduire à un amoindrissement des droits de certaines catégories de contractants* »¹³²¹.

1583. Le champ d'application de la lésion qualifiée ne se limite certes pas à la formation du contrat. Toutefois, la contrainte économique ayant eu lieu lors de la rupture du contrat n'est pas concernée. Or, le contractant dominant peut également abuser de son rapport de force à son avantage lors de la rupture du contrat dans la réglementation de l'après-contrat donnant ainsi lieu à une situation de contrainte économique.

En faisant le choix d'instruments traitant la contrainte économique qu'au stade de la formation et de l'exécution du contrat, les projets de réformes font le choix d'un traitement insuffisant, incomplet et donc inefficace de la contrainte économique.

1584. C'est ainsi que, ces instruments ne correspondent en rien à la contrainte économique. Ils incarnent un choix malheureux des rédacteurs des projets de réforme. Ni la finalité ni la logique dans laquelle ces instruments s'inscrivent, ni leur domaine d'application ne semblent correspondre aux caractéristiques complexes de la contrainte économique.

Ainsi, ces deux instruments portent en eux la rigidité du droit civil. De plus, ils ne s'inscrivent pas dans la même logique que la lutte contre la contrainte économique dont le but reste la protection du consentement du contractant faible et ce à tous les stades du rapport contractuel.

Effectivement, la contrainte économique est une notion très contextuelle. L'instrument choisi pour la traiter doit être suffisamment malléable pour s'adapter à la diversité des situations de contrainte économique et avoir ainsi un champ d'application ouvert le plus large possible.

¹³²¹ G. PATETTA, « Réforme du droit des contrats : l'avis de professionnels », *RLDC*, 2008, n°54.

1585. Par ailleurs comme le rappelle le Professeur François CHENEDE, les projets de réforme sanctionnant la violence économique à l'exception du projet TERRE, prévoit le déséquilibre structurel sous l'angle de l'état de nécessité et l'état de dépendance et retiennent comme sanction la nullité¹³²². Alors que les projets retenant la lésion qualifiée ont tendance à envisager le déséquilibre structurel par l'état de vulnérabilité et retiennent comme sanction la révision¹³²³. Il semble qu'il existe un éventuel lien entre la situation de faiblesse qui est envisagée par le régime et le choix de la sanction qui lui est attribuée. En effet, comme peut-on expliquer que l'état de nécessité ou de dépendance ayant fait l'objet d'une exploitation abusive nécessite l'annulation du rapport contractuel qui se lequell il aboutit tout en expliquant que l'exploitation abusive d'un état de vulnérabilité ne sera sanctionnée que de la révision. En quoi la faiblesse d'ordre économique mérite d'être anéantie en annulant la convention passée et fondée sur cette exploitation alors que le la faiblesse intrinsèque ne l'est pas ? Pour la victime le résultat est le même : son consentement est extorqué soit dans son aspect intellectuel soit dans son aspect volitif. Ainsi, il convient d'envisager la contrainte économique en se référant davantage aux données psychologiques qu'aux données morales comme l'enseigne l'évolution de la jurisprudence en droit civil sur la question de la reconnaissance de la violence économique.

1586. La logique civiliste traditionnelle assure la force obligatoire dans la mesure où elle est encadrée par la loyauté et la justice contractuelle du contrat lors de la rencontre des volontés des parties. Il est donc normal que les projets de réforme consacrant la violence économique consacrent la nullité comme sanction.

Alors que l'approche libérale tend à distancer le lien maternel existant entre la force obligatoire des contrats et le consentement des parties. En se fondant essentiellement sur la force obligatoire des contrats, les projets de réforme traitant la contrainte économique en consacrant l'approche libérale ne retiennent pas forcément comme sanction la nullité. Afin d'assurer la sécurité juridique et la pérennité contractuelle, ils préfèrent choisir

¹³²² V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, *Ibid.*

¹³²³ V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, *Ibid.*

comme sanction le rééquilibrage, l'adaptation du contrat, ou la possibilité de rescinder le contrat.

1587. Assurer la sécurité juridique et la pérennité contractuelle justifie-t-elle de méconnaître la sanction naturelle de la violation d'une condition de validité ?

Une solution intermédiaire qui permettrait d'assurer la protection du consentement de la partie faible dominée tout en assurant la sécurité juridique et la pérennité contractuelle est-elle envisageable ?

1588. Enfin, la réception de la contrainte économique par le droit progressif est malheureuse, la réception des abus de déséquilibre structurel se fait de manière indirecte c'est-à-dire par le biais d'autres notions que celle de contrainte économique.

De plus, les instruments choisis pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel la contrainte économique sont déplorables car ils sont soit illégitimes soit inopportuns à connaître la contrainte économique.

D'ailleurs, la réception de la contrainte économique par le droit progressif peut être critiquée en raison des régimes mis en place pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel. En effet, les conditions et les sanctions de ces régimes doivent être améliorées.

SECTION II. LE CHOIX PERFECTIBLE DES RÉGIMES TRAITANT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1589. Le traitement de la contrainte économique par le droit progressif est déplorable par le choix d'une réception indirecte ; par le choix d'instruments inaptes à traiter des abus de déséquilibre structurel et par le choix des régimes traitant de la contrainte économique c'est-à-dire par le choix des conditions et des sanctions retenues. En effet, le choix des projets de réforme quant aux conditions et aux sanctions présente plusieurs défauts.

1590. Effectivement, les conditions choisies par les projets de réforme sont corrigibles (Paragraphe I). Certaines conditions prévues par les projets de réformes doivent être précisées et être envisagées car elles sont essentielles à la caractérisation d'une situation de contrainte économique. *A contrario*, certaines conditions pourtant inutiles à la caractérisation d'une situation de contrainte économique voire même nocives pour la lutte contre les abus de déséquilibre structurel devraient être supprimées de ces régimes.

1591. Par ailleurs, le choix des structures punitives proposées par les projets de réforme en droit interne et en droit européen est discutable. En effet, soit les projets de réforme optent pour des structures punitives relativement traditionnelles mais dont l'opportunité doit être renforcée afin d'accroître l'efficacité de la lutte contre les abus de déséquilibre structurel ; soit ils font preuve de créativité et proposent des structures punitives innovantes mais au prix d'une certaine cohérence et efficacité (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LE CHOIX CORRIGIBLE DES CONDITIONS RETENUES

1592. Les régimes mis en place par les les projets de réforme ou les principes européens pour la violence économique ou la lésion qualifiée sont à déplorer à deux égards. En effet, les conditions retenues par ces projets doivent être réformés aussi bien dans leur contenu que dans leur mise en pratique.

1593. Un certain nombre de conditions requises pour la démonstration d'une situation de contrainte économique sont à déplorer (A). En effet, des conditions essentielles au traitement de la contrainte économique sont à corriger ou envisager alors que certaines conditions inutiles et nocives à la réception de la contrainte économique sont requises à la qualification d'une situation de contrainte économique. En raison de leur illégitime et de leur inopportunité, elles ont pour effet de limiter grandement la lutte contre la contrainte économique.

1594. D'ailleurs, la mise en oeuvre de ces conditions peut présenter quelques irrégularités et doit être réformée (B). En effet, la subjectivité de ces conditions ainsi que celle des critères d'appréciation offrent une marge de manoeuvre considérable aux juges. Par conséquent, certaines précautions sont à prendre et des garde-fous sont à établir.

A. UN CHOIX CONTESTABLE DE CONDITIONS

1595. Le choix des conditions retenues par les projets de réforme et par les principes européens est plus que perfectible. Certaines conditions sont à préciser car elles entraînent dans l'état actuel du régime de nombreuses interrogations. D'autres pourraient bénéficier d'un champ d'application plus large. Enfin, il faut s'interroger sur la nécessité de rajouter des conditions qui ne sont pas envisagées par les projets de réforme afin d'améliorer le traitement de la contrainte économique.

1596. Ainsi, de nombreux projets de réforme ont fait le choix de conditions à la démonstration de la violence économique et de la lésion qualifiée qui doivent être retravaillés, précisés ou dont le champ d'application doit être ouvert ou qui doivent être complètement envisagées pour la caractérisation d'une situation de contrainte économique (1).

1597. Par ailleurs, certaines conditions prévues par les régimes étudiés ne devraient pas être requises pour la démonstration d'une situation de contrainte économique et donc devraient être supprimées des régimes afin de rendre le traitement de la contrainte économique plus cohérent et efficace (2).

1598. En plus de l'illégitimité de certaines conditions, elles semblent être inopportunes à connaître de la contrainte économique. Elles limitent beaucoup trop l'action de lutte contre la contrainte économique. La réception de la contrainte économique porte atteinte à l'efficacité de la lutte contre la contrainte économique car le recours à ces conditions a pour effet de ne pas prendre en compte certaines situations de contrainte économique. Elles ont pour effet de restreindre largement le traitement de la contrainte économique. Le choix de ces conditions révèle la difficulté des juristes à saisir la notion de contrainte économique.

1. DES CONDITIONS INDISPENSABLES AU TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE À CORRIGER OU À ENVISAGER

1599. Tous les projets de réforme sans exception, en droit interne et en droit européen, ont fait le choix de conditions qui sont perfectibles.

1600. Effectivement, au mieux les conditions communes indispensables à la caractérisation d'une situation de contrainte économique sont dégradées par les projets de réforme (a) c'est-à-dire qu'elles doivent être minutieusement envisagées, précisées et être appliquées avec soin aux situations de contrainte économique. Dans l'état actuel, ces conditions restreignent bien trop le domaine d'application de ces régimes affectant ainsi leur efficacité dans la lutte contre la contrainte économique.

1601. Et, au pire, ces conditions doivent être complètement envisagées en tant que telles (b). En effet, certains projets de réforme ne requièrent pas la démonstration de certaines conditions impératives pour la démonstration de la situation de contrainte économique.

a. Des conditions essentielles dégradées dans les projets de réforme

1602. Tous les régimes traitant de la contrainte économique dans le droit progressif présentent le défaut de retenir des conditions essentielles qui doivent être précisées c'est-à-dire dont le champ d'application doit être ouvert. C'est le cas des conditions relatives au déséquilibre structurel (i), à l'exploitation abusive (ii), au résultat (iii) dont les

domaines d'applications doivent être davantage ouverts afin de rendre plus efficace le traitement de la contrainte économique.

i. La condition relative au déséquilibre structurel

1603. En effet, cette condition relative au déséquilibre structurel c'est-à-dire la condition relative au rapport de force inégal souffre d'un manque de précision de la part des projets de réforme.

1604. De prime abord, le premier reproche qui peut être fait, unanimement aux projets de réforme est le fait que pour tous les régimes proposés, le rapport de force déséquilibré est envisagé sous la forme d'une faiblesse de la victime en éludant complètement le cas où ce rapport de force déséquilibré peut prendre la forme d'une situation de puissance économique de l'auteur. Cette vision de la contrainte économique est regrettable car elle revient à consacrer, à traiter et à sanctionner qu'une partie des abus de déséquilibre structurel.

1605. Ensuite, il faut reprocher aux projets de réforme de n'apporter que très peu de précisions quant à ces situations de faiblesse. Les projets de réforme ont tendance à adopter deux positions distinctes dont l'issue est la même.

1606. Soit les projets de réforme ont recours à des standards juridiques particulièrement larges et flous soulevant légitimement plusieurs d'interrogations. C'est le cas des projets en droit interne (CATALA, CHANCELLERIE et TERRE) qui envisagent les situations

de faiblesse par le biais des standards juridiques comme l'état de nécessité¹³²⁴, l'état de dépendance¹³²⁵, une « *situation de vulnérabilité caractérisée* »¹³²⁶.

1607. A titre indicatif, il en est de même pour l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats qui retient comme situation de faiblesse uniquement l'état de dépendance de la victime. Ainsi, l'ordonnance rompt avec la position traditionnelle de la jurisprudence en droit civil qui a toujours au côté de l'état de dépendance reconnu de l'état de nécessité. En ce sens, elle n'entérine pas complètement la jurisprudence du 30 mai 2000¹³²⁷ et celle du 3 avril 2002¹³²⁸. Elle se détache donc de l'héritage légué par la jurisprudence du droit civil.

1608. Par ailleurs, il faut s'interroger sur la notion ici de « état de dépendance ». Est-ce de la dépendance d'ordre économique ? L'état de dépendance en droit civil s'entend-il de la même manière que l'état de dépendance en droit de la concurrence ? Si oui, quels sont ces critères d'appréciation ? Sont-ils les mêmes qu'en droit de la concurrence ? Si non, qu'est-ce que l'état de dépendance en droit civil ?

¹³²⁴ Art. 1114-3 du (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005 ; Art. 63 du *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009 ; Art. 66, al. 1^{er} du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

¹³²⁵ Art. 1114-3 du (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005 ; Art. 63 du *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009 ; Art. 66, al. 1^{er} du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

¹³²⁶ Art. 63 du *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009 ; Art. 66, al. 1^{er} du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

¹³²⁷ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*.

¹³²⁸ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*.

1609. Enfin, la dernière remarque qui peut être formulée tient au fait que l'ordonnance du 10 février 2016 semble traiter uniquement de la faiblesse économique laissant de côté complètement la vulnérabilité et donc la faiblesse intrinsèque à la victime. Dans ce cas, le déséquilibre structurel ne prend forme que dans le cas d'une faiblesse de la victime et non d'une puissance économique de l'auteur.

Ce qui est regrettable car cela tend à nier une partie des abus de déséquilibre structurel et donc à freiner la contrainte économique.

1610. Soit pour contourner cette difficulté, certains projets de réforme énumèrent une liste exhaustive de situations de faiblesse. C'est le cas des projets en droit européen. Les principes UNIDROIT, le projet GANDOLFI, le projet LANDO et le Cadre commun de référence préfèrent détailler les situations de faiblesse : l'état de dépendance¹³²⁹, la

¹³²⁹ Art. 3.2.7 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 ; Art. 4 : 109 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208 de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

détresse économique¹³³⁰, l'urgence des besoins¹³³¹, l'imprévoyance¹³³², l'ignorance¹³³³, l'inexpérience¹³³⁴, l'inaptitude à la négociation¹³³⁵, la situation de danger¹³³⁶, la situation

¹³³⁰ Art. 3.2.7 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 ; Art. 4 : 109 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208 de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹³³¹ Art. 3.2.7 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 ; Art. 4 : 109 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208 de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹³³² Art. 3.2.7 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 ; Art. 4 : 208 de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹³³³ Art. 3.2.7 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 ; Art. 4 : 109 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208 de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹³³⁴ Art. 3.2.7 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 ; Art. 30, al. 3^{ème} du (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001 ; Art. 4 : 109 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208 de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹³³⁵ Art. 3.2.7 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 ; Art. 4 : 109 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO)

de nécessité¹³³⁷, l'incapacité de comprendre ou de vouloir¹³³⁸, d'assujettissement économique ou moral¹³³⁹, une relation de confiance avec l'autre partie¹³⁴⁰, l'imprévoyance¹³⁴¹.

1611. Mais dans les deux cas de figure les standards juridiques proposés sont relativement flous, larges et méritent de plus amples précisions.

Les interrogations que suscitent chacune de ces situations de faiblesse sont relatives soit au domaine d'application c'est-à-dire à la définition de ces situations soit aux critères d'appréciation de ces situations. C'est le cas pour les notions de l'état de nécessité et l'état de dépendance : quelles est la définition exacte de ces notions ? Comment caractériser un état de nécessité et un état de dépendance ? Quelle sont les critères pour apprécier un état de nécessité ou de dépendance ? L'état de dépendance en droit civil s'apparente-t-il à la

- Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208 de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹³³⁶ Art. 30, al. 3^{ème} du (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001.

¹³³⁷ Art. 30, al. 3^{ème} du (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001.

¹³³⁸ Art. 30, al. 3^{ème} du (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001.

¹³³⁹ Art. 30, al. 3^{ème} du (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001.

¹³⁴⁰ Art. 4 : 109 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208 de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹³⁴¹ Art. 4 : 109 du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

dépendance économique en droit de la concurrence ?¹³⁴² Si la réponse est négative, quelle est la définition d'un état de dépendance en droit civil ? Quels sont ses critères d'appréciation ? L'absence de solution équivalente doit-elle être prouvée pour l'état de dépendance en droit civil ou est-elle réservée à la dépendance économique en droit de la concurrence ? De quelle nature doivent-êtré ces situations de faiblesse ? S'agit-il d'une faiblesse économique ou intellectuelle, non économiques ?

1612. Il faut se poser ces mêmes questions pour l'ensemble des situations de faiblesse proposer par les projets de réforme. En effet, le recours à la situation de vulnérabilité, la détresse économique, l'urgence des besoins, l'imprévoyance, l'ignorance, l'inexpérience, l'inaptitude à la négociation, la situation de danger, la situation de nécessité, l'incapacité de comprendre ou de vouloir, d'assujettissement économique ou moral, une relation de confiance avec l'autre partie, l'imprévoyance soulèvent les mêmes interrogations¹³⁴³.

1613. Notons que le recours à une énumération de situations de faiblesse permet de contourner la difficulté que présenter le recours à une ou deux notions mais qui ne permettraient peut-être pas de prendre en compte toutes les situations de faiblesse¹³⁴⁴.

L'énumération des situations de faiblesse laisse le sentiment que les juristes auteurs du projet LANDO ont du mal à déterminer avec précisions la définition les critères et la nature de la condition relative au déséquilibre structurel. Malgré tout, il faut s'en féliciter car elle permet de saisir un grand nombre de situations de contrainte économique, notion particulièrement contextuelle.

¹³⁴² La question est légitime au regard de la confusion qui règne déjà en droit de la concurrence entre la dépendance économique au titre des pratiques anti-concurrentielles et l'(ancien) état de dépendance au titre des pratiques restrictives de concurrence.

¹³⁴³ Dans ce sens : T. GENICON, D. MAZEAUD, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC*, 1 octobre 2012, n° 4, p. 1469.

¹³⁴⁴ C. WITZ, « Table ronde : Contenu et exécution du contrat », *RDC*, 1 avril 2009, n° 2, p. 883.

1614. Ces critères sont relativement flous, peu détaillés, peu expliqués et assez larges. Les projets de réforme n'offrent aucun élément de réponse, à l'exception du projet CATALA et du projet TERRE qui tentent d'offrir quelques indications mais qui sont inutiles. Au contraire, ces indications soulèvent d'autant d'interrogations¹³⁴⁵.

1615. Toutefois, ces indications mettent en lumière que la situation de faiblesse est appréciée par un faisceau d'indices qui révèle la volonté des juristes d'ouvrir au maximum le champ d'application de ces régimes afin de sanctionner au mieux les abus de déséquilibre structurel. Au vu des caractéristiques de la contrainte économique. Une telle démarche doit être encouragée. La contrainte économique est une notion particulièrement malléable et contextuelle, il faut qu'elle soit traitée par un régime pouvant faire preuve de souplesse.

1616. Par ailleurs, il faut saluer le choix des juristes de retenir comme situation de faiblesse aussi bien des situations de faiblesse intrinsèque qu'extrinsèque, de nature économique ou non. Ce choix reflète la réalité des abus de déséquilibre structurel et participe à prendre en compte bon nombre de situations d'exploitation abusive de déséquilibre structurel¹³⁴⁶. Cette initiative doit être saluée car « *un contractant psychologiquement fragile n'est pas moins exposé au risque d'abus qu'un contractant économiquement faible* »¹³⁴⁷. Certains auraient tort de refuser d'envisager les situations de faiblesse psychologique ou intellectuelle autrement dit intrinsèque à la victime juste pour se protéger d'un « *esprit de chicane* »¹³⁴⁸. Les magistrats dans l'exercice de leur nouveau rôle peuvent être un rempart aux comportements de mauvaise foi. Ils assurent le

¹³⁴⁵ Art. 1114-3, al. 2nd du (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005 ; Art. 66, al. 2 du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009 : interrogations relatives à la notion de vulnérabilité, de l'opportunité comme critère d'appréciation à l'existence antérieure des parties.

¹³⁴⁶ Dans ce sens : G. PATETTA, « Réforme du droit des contrats : l'avis de professionnels », *RLDC*, 2008, n°54 qui estime que : « *les notions de situations de faiblesse, d'état de nécessité ou de dépendance, de contrainte économique dans le projet nous semble trop restrictives* ».

¹³⁴⁷ F. CHENEDE, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 655, §4 : (position contraire soutenue par l'auteur).

¹³⁴⁸ F. CHENEDE, *op. cit.*

respect de la sécurité juridique, la loyauté contractuelle en faisant la distinction entre les abus de déséquilibre structurel et une mauvaise foi de la part d'une partie qui tenterait de profiter de cette disposition de protection pour servir ses bas instincts.

Le déséquilibre structurel est un rapport de force inégal. *A contrario*, une négociation effective nécessite « *une force de négociation comparable sous risque d'être factice* »¹³⁴⁹.

1617. Les déséquilibres structurels pouvant prendre plusieurs formes, il aurait été plus cohérent et efficace d'imposer la démonstration d'un déséquilibre structurel, peu importe la forme qu'il aurait pu prendre, plutôt que celle d'une situation de faiblesse. En effet, limiter les déséquilibres structurels aux seules situations de faiblesse économique de la victime sans envisager les situations de faiblesse intrinsèque et non-économique de la victime ainsi que les situations de puissance économique de l'auteur a pour effet de freiner considérablement le traitement de la contrainte économique.

1618. Le recours à certaines de ces situations de faiblesse relèvent davantage d'un héritage que d'un choix mesuré et réfléchi des juristes. Il ressort assez clairement à la lecture des projets de réforme que le recours aux notions d'état de nécessité et d'état de dépendance sont hérités de l'évolution de la jurisprudence civil sur la reconnaissance de la violence économique.

1619. De même, le recours aux notions de vulnérabilité, d'imprévoyance, d'ignorance, d'inexpérience, d'incapacité de comprendre ou de vouloir, d'assujettissement moral par certains projets de réforme est hérité des droits spéciaux. A ce titre, certains parlent de contamination du droit civil par les droits spéciaux. Cet héritage s'est fait sans que les auteurs des projets de réforme se posent la question de savoir si ces notions pouvaient être transposables en droit civil. Ce qui souligne au mieux la difficulté rencontrée par les

¹³⁴⁹ C. WITZ, *Ibid.*

juristes de sanctionner la contrainte économique et au pire l'incompréhension des juristes face à la notion de contrainte économique.

1620. Enfin, le recours délibéré à ces standards juridiques qui sont par définition « *des notions à géométrie variable* »¹³⁵⁰ consiste en « *la mise à l'écart d'une règle générale et abstraite pour un traitement juridique au cas par cas* »¹³⁵¹ rendant nécessaire l'intervention du juge. En effet, « *les standards juridiques sont délibérément voulus comme des notions ouvertes et offertes au juge, comme des soupapes données par le législateur au juge pour « faire du sur-mesure »* »¹³⁵². Ces standards juridiques offrent au juge une large marge de manoeuvre. En se désengageant, le législateur offre au juge la possibilité d'oeuvrer activement dans l'élaboration du droit des contrats.

Cette position s'inscrit dans le sillage d'une politique juridique plus large celle de la prédominance des données psychologiques sur les données morales, fruit d'une longue évolution de la jurisprudence en droit civil sur la question de la reconnaissance de la contrainte économique.

1621. Le recours à ces standards juridiques est nécessaire et essentiel pour prendre en compte la contrainte économique, qui est une notion contextuelle afin de faire face aux défis de la pratique contractuelle.

Ces standards juridiques offrent aux juges une marge de manoeuvre intéressante dans la lutte contre la contrainte économique. Ils sont donc nécessaires pour une meilleure efficacité du traitement de la contrainte économique.

Le Professeur Thomas GENICON va même jusqu'à affirmer que sans de tels standards juridiques, ce régime serait « *un instrument rigide, sans faculté d'adaptation, selon les milieux, les cultures, les besoins* »¹³⁵³.

¹³⁵⁰ T. GENICON, D. MAZEAUD, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC*, 1 octobre 2012, n° 4, p. 1469.

¹³⁵¹ T. GENICON, D. MAZEAUD, *op. cit.*

¹³⁵² T. GENICON, D. MAZEAUD, *Ibid.*

¹³⁵³ T. GENICON, D. MAZEAUD, *Ibid.*

1622. La condition relative à l'exploitation abusive nécessite quelques améliorations pour être réellement effective à la lutte contre la contrainte économique.

ii. La condition relative à l'exploitation abusive

1623. L'analyse des projets de réforme met en avant la différence de position de ces projets et les difficultés rencontrées par ces-derniers à proposer un régime cohérent de la contrainte économique notamment sur la question de la condition relative à l'exploitation abusive (du déséquilibre structurel).

1624. Rares sont les projets de réforme ayant recours au terme d'abus et prévoyant explicitement et sans équivoque la démonstration d'un abus pour la démonstration d'une situation de contrainte économique.

C'est le cas du projet de la CHANCELLERIE et du projet GANDOLFI qui n'hésitent pas à employer le terme d'abus.

Le projet de la CHANCELLERIE requière qu'« *une partie abuse de la situation de faiblesse* »¹³⁵⁴ alors que le projet GANDOLFI nécessite que « *l'une des parties abusant de la situation de danger, de nécessité, d'incapacité de comprendre et de vouloir, d'inexpérience, d'assujettissement économique ou moral de l'autre partie* »¹³⁵⁵. A titre

¹³⁵⁴ Art. 63 du *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009.

¹³⁵⁵ Art. 30, al. 3^{ème} du (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001.

indicatif, c'est également le cas de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats¹³⁵⁶ requière la démonstration d'un abus¹³⁵⁷.

1625. Malgré l'utilisation du terme abus, il convient de s'interroger.

Quand y-a-t-il abus ? Quels sont les critères d'appréciation de l'abus ? Comment déterminer un abus ? Les projets de réforme laissent le soin à la jurisprudence de répondre. Le juge est appelé à exercer sa fonction d'interprétation créatrice de la loi.

Mais la plupart des projets de réforme préfèrent se référer à des termes plus ambigus comme celui d'exploitation. La plupart des projets de réforme font le choix de ne pas avoir recours aux termes « abus », « exploitation abusive », ou au terme « abusivement ».

C'est le cas du projet CATALA et du projet TERRE qui ont recours uniquement au verbe exploiter¹³⁵⁸. Dans le même esprit, les principes UNIDROIT n'ont pas recours aux termes d'abus ou d'exploitation abusive mais plutôt à l'expression « *profité de manière déloyale* »¹³⁵⁹.

¹³⁵⁶ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

¹³⁵⁷ Art. 1143 de l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35 : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant (...)* »

¹³⁵⁸ Art. 1114-3, al. 1^{er} du (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005. : « *Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif* » ; Art. 66, al. 1^{er} du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009 : « *Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée retire du contrat un avantage manifestement excessif la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel* ».

¹³⁵⁹ Art. 3.2.7 1) a) des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 : « *La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération : a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première* ».

1626. Il est légitime de se demander si par « exploiter », les projets de réforme entendent une exploitation abusive et la nécessité de démontrer d'un abus. Autrement dit, par le terme « exploiter », les projets de réforme entendent-ils une exploitation abusive ou une simple exploitation participant du jeu commercial normal ?

S'il s'agit juste d'une exploitation, cela participerait au jeu commercial normal et donc à l'exploitation normale à laquelle l'un des contractants est en mesure de « soumettre » son cocontractant. Cette position est plus que critiquable. En quoi serait-il répréhensible qu'un contractant exploite sa situation de force économique ? Comment faire la distinction entre l'exploitation simple mais légale qui s'inscrit dans un jeu commercial normal et l'exploitation abusive qui doit être sanctionnée ?

S'il faut comprendre par le terme « exploiter » une exploitation abusive alors les mêmes questions peuvent être soulevées que pour le projet CHANCELLERIE et le projet GANDOLFI. Quelle est la définition d'abus ? Quand y-a-t-il abus ? Quand une exploitation devient-elle abusive ? Qu'est-ce qu'un abus de situation de faiblesse en droit civil ? Quels sont les critères d'appréciation de cet abus ? Autant de questions restées sans réponse et pour lesquelles les projets de réforme n'apportent aucune réponse laissant le soin à la jurisprudence d'apporter des éléments de réponse.

1627. Certains projets de réforme ne prévoient même pas explicitement la condition relative à l'abus.

C'est le cas des principes UNIDROIT, du projet LANDO et du Cadre commun de référence. En effet, les principes UNIDROIT ont recours à l'expression « *profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique...* »¹³⁶⁰. De prime abord, la lettre de l'article 3.2.7 permettrait légitimement de penser que cette expression renvoyait de manière maladroite à une exploitation abusive. Mais il semblerait selon les commentaires offerts sous les principes UNIDROIT que par « *profité d'une manière*

¹³⁶⁰ Art. 3.2.7 1) a) des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT < <http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

déloyale »¹³⁶¹ les principes UNIDROIT ne recouvre pas l'abus. Toutefois, en se référant à ces commentaires, il semblerait que selon l'esprit du texte, la démonstration d'un abus est nécessaire¹³⁶². Les principes UNIDROIT restent particulièrement ambigus et flous sur cette question. On ne peut que recommander aux juristes de prévoir explicitement une telle condition qui est, par ailleurs, essentielle à la caractérisation d'une situation de contrainte économique.

1628. De même, le projet LANDO ne requière pas explicitement la démonstration d'un abus. Il préfère l'expression « *elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente* »¹³⁶³. Le projet LANDO prévoit-il implicitement la démonstration d'un abus à travers cette expression ? Il semblerait que l'expression « déloyauté évidente » reviendrait au terme « *exploiter* »¹³⁶⁴. En tout état de cause, cela soulève également des interrogations : s'agit-il alors d'une « simple » exploitation relevant du jeu commercial normal ? S'agit-il d'une exploitation abusive devant être alors sanctionnée ? S'il s'agit d'une exploitation abusive, alors qu'est-ce qu'un abus ? Quand y-a-t-il un abus ? Quels sont les critères d'appréciation d'un abus ? Aucun élément de réponse n'est donné. Par ailleurs, il faut souligner le caractère alternatif de l'avantage déloyal. Ainsi, pour le projet LANDO, « *la sanction peut intervenir en présence de profits excessifs sans forcément qu'ils soient déloyaux* »¹³⁶⁵.

1629. Dans un esprit assez similaire, le Cadre commun de référence ne prévoit ni explicitement ni implicitement la démonstration d'un abus. Ce choix est très regrettable.

¹³⁶¹ Commentaires sous art. 3.2.7 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

¹³⁶² Commentaires sous art. 3.2.7 1) a) des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

¹³⁶³ Art. 4 : 109 1) b) du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

¹³⁶⁴ (Dir.) B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7, p. 364.

¹³⁶⁵ T. GENICON, D. MAZEAUD, *Ibid.*

1630. Il nous semble nécessaire que dans le cadre du traitement de la contrainte économique qui vise à sanctionner les abus de déséquilibre structurel que la démonstration d'un abus soit requise. Il ne s'agit pas ici de sanctionner l'existence d'un déséquilibre structurel, ni l'existence d'un déséquilibre contractuel mais de sanctionner l'exploitation abusive d'une partie du rapport de force inégal existant entre les parties. Ainsi, la démonstration d'un abus est une condition centrale et essentielle pour la caractérisation d'une situation de contrainte économique.

1631. Ces projets prévoyant implicitement l'abus ne cherchent-ils pas à faire de l'abus un abus présumé par la cause (l'existence d'un déséquilibre structurel) et son résultat (l'existence ici d'avantages ou profits excessifs). Autrement dit, il faut se demander si l'abus est « *une condition autonome distincte de la faiblesse et du déséquilibre contractuel* »¹³⁶⁶ ou s'il est présumé ?

Cela reviendrait à sanctionner « *les déséquilibres contractuels manifestes, symétriques à un déséquilibre de puissance économique tellement flagrant qu'on peut présumer qu'il constitue la cause des premiers* »¹³⁶⁷.

Ainsi, il semblerait que la condition relative à l'abus dans ces projets de réforme disparaît ou elle « *devient purement formelle dans une théorie qui considère qu'un déséquilibre flagrant de puissance économique est présumé être la source d'un déséquilibre contractuel manifeste, ou qu'il y a exploitation à simplement laisser s'exercer les contraintes pesant sur le contractant* »¹³⁶⁸. Comme le rappelle le Professeur Eric SAVAUX, « *il faut exiger une véritable déloyauté, caractérisée par une manipulation de la situation. Elle ne peut pas s'évincer automatiquement du déséquilibre même flagrant même coïncidant avec une disparité de qualité, de compétences...* »¹³⁶⁹.

¹³⁶⁶ Y.-M. LAITHIER, « Erreur ou abus ? (ou le vice du consentement qui n'ose pas dire son nom) », *RDC*, 1 juillet 2008, n° 3, p. 730.

¹³⁶⁷ E. SAVAUX, « Retour sur la violence économique, avant la réforme du droit des contrats », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 445.

¹³⁶⁸ E. SAVAUX, *op. cit.*

¹³⁶⁹ E. SAVAUX, *Ibid.*

1632. La condition relative à l'abus telle qu'elle est envisagée par les projets de réforme soumet les justiciables à une insécurité juridique. En effet, ils ont recours à des termes bien trop flous. Certains projets de réforme prévoient explicitement la nécessité de prouver l'existence d'un abus (projet de la CHANCELLERIE, le projet GANDOLFI et l'ordonnance du 10 février 2016). D'autres au contraire ne requièrent nullement la démonstration d'une telle condition (c'est le cas du Cadre commun de référence). Certains prévoient le recours à un abus mais en ayant recours à des termes ambigus (Projet CATALA et Projet TERRE). De plus, la lettre de certains projets de réforme comme les principes UNIDROIT ne prévoient pas explicitement ou implicitement la démonstration d'un abus mais l'esprit de ce texte semble le requièrent comme l'explique les auteurs mêmes de ce projet. Enfin d'autres projets de réforme comme le projet LANDO place les justiciables dans une imprécision encore plus grande flirtant tantôt avec l'absence d'un abus et le caractère alternatif de ce-dernier.

1633. Ici, même l'intervention de la jurisprudence représente une mince consolation face à l'insécurité qui est trop grande. Les juristes auteurs de ces projets doivent impérativement repenser cette condition essentielle et centrale à la caractérisation d'une situation de contrainte économique.

1634. A l'instar des conditions relatives au déséquilibre structurel et à l'abus, la condition relative au résultat c'est-à-dire au fruit de l'abus d'un déséquilibre structurel doit être améliorée. A défaut, la lutte contre la contrainte économique sera grandement freinée.

iii. La condition relative au résultat

1635. S'agissant de la condition relative au résultat, les projets de réforme adoptent une position relativement similaire.

1636. Une première critique peut être formulée quant aux termes choisis par les projets de réforme pour désigner le résultat.

En effet, la plupart d'entre eux ont recours aux termes « *avantages* »¹³⁷⁰, « *profits* »¹³⁷¹, « *prestations* »¹³⁷², « *engagements* »¹³⁷³.

Les termes d'« *avantages* » et d'« *engagements* » sont préférés aux termes « *profits* » et « *prestations* » qui sont beaucoup trop restreints. Ils focalisent sur un le fait de retirer un avantage plutôt d'ordre économique (pour profits) ou juridique (ou prestations) limitant ainsi le traitement de la contrainte économique. Il faut leur préférer les termes

¹³⁷⁰ Art. 1114-3, al. 1^{er} du (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005 ; Art. 66, al. 1^{er} du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009 ; Art. 3.2.7 1) du (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001 ; Art. 30, 3) des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010 ; Art. 4 : 109 1) b) du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208 1) b) de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7 ; Art. 1143 de l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

¹³⁷¹ Art. 4 : 109 1) b) du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

¹³⁷² Art. 30, 3) des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

¹³⁷³ Art. 63 du *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009.

d'« *avantages* » et d'« *engagements* » plus larges et plus à même de prendre en leur sein les différentes situations de contrainte économique.

1637. Ensuite, une seconde remarque semble nécessaire sur le fait que tous les projets de réforme n'envisagent de sanctionner la situation de contrainte économique qu'à la condition qu'elle débouche sur un comportement positif de la victime. Autrement dit, ici le résultat ne s'envisage que dans le sens où l'auteur impose à la victime de faire ou de donner quelque chose. Il faut se demander pourquoi n'envisage-t-on pas le comportement négatif de la victime. Pourquoi l'avantage que l'auteur retire frauduleusement de cette relation contractuelle forcée n'est-il pas envisagé sous la forme d'une abstention ? C'est le cas où l'auteur s'engage à ne pas faire quelque chose. A l'instar de l'abus de vulnérabilité en droit pénal pour lequel le législateur prévoit le cas où l'auteur retire de la situation de contrainte économique une abstention ?

Par ailleurs, les auteurs du projet LANDO ont supprimé du Cadre commun de référence le terme de « *profit excessif* » car le terme d'« *avantage* » est jugé plus large et permettrait ainsi « *de viser certains déséquilibres non pécuniaires* »¹³⁷⁴.

1638. En effet, il faut rappeler que la contrainte économique consiste à abuser du rapport de force économique existant entre la victime et l'auteur afin de dicter le comportement économique de la victime que ce comportement soit positif (retirer un avantage ou un engagement - donner ou faire quelque chose) ou qu'il soit négatif (abstention - ne pas faire quelque chose).

1639. Une troisième critique quant à la nature du résultat peut être formulée. Tous les projets de réforme se cantonnent uniquement à ne prévoir pour le cas de la contrainte

¹³⁷⁴ (Dir.) B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7, p. 366.

économique que des avantages ou des engagements d'ordre patrimoniales omettant complètement les avantages de nature non patrimoniale : juridiques ou techniques...

Cette position est regrettable car elle consiste à nier une partie de la contrainte économique qui ne sera pas traitée au titre de ces régimes et donc à limiter l'efficacité du traitement de la contrainte économique.

1640. Enfin, la dernière critique qui peut être adressée aux projets de réforme est relative au caractère « *manifestement excessif ou disproportionnés* » des avantages, profits, prestations, ou engagements prévus par tous les projets de réforme.

Il convient de s'interroger sur la légitimité d'une telle condition. La contrainte économique repose sur la violation du consentement de la victime. Donc, il faut se demander pourquoi sanctionner la contrainte économique uniquement lorsque l'avantage retiré est manifestement excessif ou disproportionné. Dès lors que la contrainte économique est réalisée c'est-à-dire dès lors que le consentement de la victime est extorqué tout résultat retiré de la contrainte économique est illégitime et illégal et devrait être sanctionné.

1641. Une telle condition semble être inopportune car elle a pour effet de limiter le traitement de la contrainte économique car seules les situations de contrainte économique donnant lieu à des avantages manifestement excessifs seront sanctionnées. Par conséquent, les situations de contrainte économique où l'auteur ne retire pas un avantage manifestement excessif ne seront pas sanctionnées alors même qu'il s'agit de situations de contrainte économique. Il faut rappeler ici que la finalité de la contrainte économique est la protection du consentement de la victime et non pas le rétablissement du déséquilibre contractuel.

1642. De plus, cette disposition est critiquable car elle met de côté des situations où il existe un déséquilibre né d'un abus d'une situation de faiblesse mais qui est juste

supérieur à ce qu'il aurait eu s'il n'avait pas eu recours à cet abus ; ou, que le déséquilibre est excessif sans être manifestement excessif, et pourtant ces situations ne sont pas prises en compte. Ces situations de contrainte économique sont impunies alors même qu'il y a un déséquilibre contractuel né une contrainte économique. Ainsi, il est dommage d'écarter les « simples » déséquilibres nés d'une contrainte économique et de ne pas les sanctionner.

1643. Par ailleurs, cette condition telle qu'elle est créée ajoute à l'insécurité juridique du justiciable. Il existe une forte imprécision quant à cette condition. Elle soulève des interrogations : qu'est-ce qu'un avantage manifestement excessif ? Quand est-ce que l'avantage peut être qualifié de manifestement excessif ? Quand est-ce que l'avantage est excessif sans être manifestement excessif ?

1644. Par ailleurs, certains projets de réforme dans le même esprit requièrent la démonstration d'avantages disproportionnés par rapport à la contrepartie offerte. La démonstration d'avantages disproportionnés n'est pas légitime car cette condition n'est pas nécessaire à la démonstration d'une situation de contrainte économique.

En effet, selon la logique et la finalité de la contrainte économique, cette condition n'a pas de raison d'être. En effet, la contrainte économique n'a pas pour finalité le défaut d'équivalence mais la sanction de l'abus de déséquilibre structurel et la protection du consentement ! En effet, ce qui est sanctionné est l'abus de déséquilibre structurel. Aussi que l'avantage retiré par l'auteur soit excessif ou disproportionné ou pas cela ne change en rien que le consentement de la victime a été extorqué.

Cependant, elle vise à diminuer la prise en compte de la contrainte économique car elle laisse impuni des situations de contrainte économique qui devraient être sanctionnées mais qui ne le sont pas car l'avantage n'est pas excessif ou disproportionné. Ainsi, le recours à cette condition n'est pas opportun.

1645. Il est dommage que les projets de réforme écartent les « simples » déséquilibres nés d'une contrainte économique.

Le recours à une telle condition réclamant que le résultat extorqué par l'auteur doit revêtir un caractère disproportionné ou manifestement excessif est à regretter. Toutefois, une grande partie de la doctrine semble penser que le caractère « manifestement excessif » ou « disproportionné » du résultat constitue un garde-fou contre une utilisation excessive de ce régime¹³⁷⁵. Ils craignent que « *la formulation est beaucoup trop générale, dans la mesure où cela conduirait à permettre à la victime de la violence économique d'obtenir la remise en cause d'une convention parfaitement équilibrée* »¹³⁷⁶.

1646. Mais, on ne peut sous couvert de crainte d'insécurité juridique permettre le recours à cette condition qui n'est ni légitime ni opportune. La sécurité juridique devrait être assurée par d'autres moyens. Par ailleurs, la condition relative au déséquilibre structurel et la condition relative à l'abus constituent déjà des garde-fous et évitant tout comportement victimaire. Par ailleurs, la judiciarisation des contrats peut être un début de réponse (cf. Une intervention judiciaire dans le traitement de la contrainte économique à célébrer).

1647. D'ailleurs, les auteurs du projet LANDO ont supprimé du Cadre commun de référence l'expression « *obtenir un avantage avec une déloyauté évidente* » car pour eux l'expression « *avantage manifestement excessif* » se suffisait à elle-même¹³⁷⁷.

1648. Enfin, les projets de réforme en droit interne et en droit européen ont fait l'erreur d'oublier certaines conditions nécessaires à la qualification d'une situation de contrainte économique.

¹³⁷⁵ P. ANCEL, « Article 1142 : violence économique », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 747.

¹³⁷⁶ R. BOFFA, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2015, n° 120, p. 18.

¹³⁷⁷ (Dir.) B. FAUVARQUE-COSSON, *Ibid.*

b. Des conditions essentielles oubliées ou induites par les projets de réforme

1649. Les projets de réforme semblent passer sous silence certaines conditions légitimes et opportunes à la démonstration d'une situation de contrainte économique.

1650. Il faut ainsi s'interroger sur la légitimité et l'opportunité de prévoir dans les conditions relatives à la contrainte économique, un élément intentionnel d'autant plus qu'avec la nécessité de retenir une exploitation abusive qui est par définition « *une exploitation outrancière d'une situation de fait ; une mise à profit d'une position de force souvent au détriment d'intérêts plus vulnérables* »¹³⁷⁸. Il semblerait normal de démontrer un élément intentionnel et plus précisément une intention délictuelle. Certains parlent même de « *faute morale du cocontractant* »¹³⁷⁹. Il faut se demander pourquoi les projets de réforme ne prévoient pas la démonstration de l'élément intentionnel. A défaut d'être prévu explicitement, est-il prévu implicitement ? L'élément intentionnel doit-il être démontré en même temps que l'abus ? Les projets de réforme n'apportent aucune réponse à ces interrogations. Il semblerait qu'en tout état de cause, la démonstration de l'élément intentionnel soit nécessaire car elle s'inscrit dans la même logique que celle de la contrainte économique. Il s'agit d'une personne qui abuse de la situation de faiblesse d'une personne afin de lui faire souscrire un engagement ou une abstention. Ainsi, l'élément intentionnel doit être présent. Il faudrait prévoir l'élément intentionnel de manière implicite. C'est la seule et bonne solution. Il devrait être prévu dans la démonstration de l'exploitation abusive.

¹³⁷⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., coll. Quadrige dicos poche, P.U.F., Paris, 2011, p. 8 : sous le terme « abus » (2).

¹³⁷⁹ T. GENICON, D. MAZEAUD, *Ibid.*

1651. Il est regrettable que le flou sur cette question dans les projets de réforme pousserait une fois de plus la jurisprudence à prendre le relais et combler ces lacunes.

1652. Il faut s'interroger sur la nécessité de prévoir comme condition l'existence d'un lien de causalité et le caractère déterminant de l'abus.

Ici aussi les projets de réforme ne prévoient rien, ni explicitement ni implicitement, laissant les justiciables sous le coup d'un éventuel aléa juridique. Notons que ces deux conditions n'en forment qu'une seule. En effet, la logique qui anime la contrainte économique est que l'abus d'un déséquilibre structurel a permis à l'auteur de dicter le comportement de la victime. C'est parce qu'il exploite abusivement de la situation de faiblesse de la victime ou de sa puissance économique (et donc de la faiblesse corrélative de la victime) que l'auteur dicte le comportement de la victime et qu'il obtient d'elle un engagement ou une abstention...

1653. Par ailleurs, la démonstration du lien de causalité oblige et passe nécessaire par la démonstration du caractère déterminant de l'abus. Il s'agit finalement de la même condition. Il est regrettable donc que les projets de réforme ne requièrent pas la démonstration de cette condition. *A contrario*, l'ordonnance du 10 février 2016 requière que l'auteur obtiennent de la victime un « engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte »¹³⁸⁰.

Il s'agit de démontrer que la victime n'aurait pas accepté l'engagement ou l'abstention si elle n'était pas dans cette situation de faiblesse. En théorie, cette condition paraît légitime à la démonstration d'une contrainte économique. En pratique, l'opportunité est vérifiée mais elle semble difficile à mettre en place. Par ailleurs, elle se confond avec la condition relative au lien de causalité. Par ailleurs, les magistrats ont tendance à faire présumer l'abus et à juger la violence exercée comme ayant un caractère déterminant en s'appuyant

¹³⁸⁰ Art. 1143 de l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

sur la présence d'un déséquilibre structurel entre l'auteur et la victime d'une part, et sur la présence d'un résultat d'autre part.

1654. Une dernière critique peut être formulée à l'encontre des projets de réforme sur la question du choix des conditions. Les projets de réforme requièrent la démonstration de conditions alors même qu'elles ne sont pas nécessaires à la démonstration d'une situation de contrainte économique et qu'elles freinent sensiblement le traitement de la contrainte économique.

2. DES CONDITIONS FUTILES ET NOCIVES AU TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE À SUPPRIMER

1655. Certaines conditions sont requises pour caractériser une violence économique ou une lésion qualifiée alors même qu'elles ne sont pas essentielles à la caractérisation d'une situation de contrainte économique. Bien au contraire, elles ont vocation à freiner le traitement de la contrainte économique.

1656. C'est le cas de certaines situations de faiblesse énumérées dans certains projets de réforme. C'est le cas des principes UNIDROIT qui prévoient dans la liste de situations de faiblesse le cas de « *l'imprévoyance* », et de « *l'inexpérience ou de l'inaptitude à la*

négociation »¹³⁸¹. De même le projet GANDOLFI prévoit dans la liste de situations de faiblesse « *l'inexpérience* »¹³⁸².

1657. Ces situations de faiblesse doivent être supprimées de la liste des situations de faiblesse. En effet, le recours à de telles conditions semble être illégitime au regard de la contrainte économique. Il faut s'appuyer sur l'exploitation abusive d'une situation de faiblesse ayant conduit à ce que la victime soit obligée d'accepter que son comportement économique soit dicté. En ce sens, l'inexpérience ou l'imprévoyance ne peuvent pas être légitimement considérées comme appartenir au champ d'application de la contrainte économique.

Par ailleurs, ces conditions sont inopportunes. Elles portent une atteinte trop grande à la sécurité juridique mais surtout à la pérennité contractuelle. Le recours à ces conditions pourra avoir comme effet de faciliter et d'encourager les comportements victimaires dont le but serait de se prévaloir de la contrainte économique pour faire annuler le contrat.

Donc, le recours à ces conditions n'est ni légitime ni opportune.

1658. Ensuite, la lettre des textes prévoyant les conditions relatives au résultat doit être revue. Les termes « *avantages* » ou « *profits* » doivent être supprimés car ils sont trop restreints et doivent être remplacés par des termes plus généraux et plus inclusifs.

Par ailleurs, le caractère excessif, disproportionné ou encore l'expression obtenir un avantage avec une « *déloyauté évidente* »¹³⁸³ devraient être supprimés car ces conditions ne sont pas légitimes car elles ne sont pas nécessaires à la démonstration d'une situation

¹³⁸¹ Art. 3.2.7 1) a) des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

¹³⁸² Art. 30, 3) du (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001.

¹³⁸³ Art. 4 : 109 1) b) du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

de contrainte économique. De plus, elles ne sont pas opportunes car elles ont tendance à alourdir la charge de la preuve et ainsi limiter l'efficacité du traitement de la contrainte économique.

1659. Enfin, des conditions prévues par les projets de réforme doivent être supprimées car elles sont inutiles à la démonstration de la contrainte économique. Autrement dit, elles sont illégitimes.

Et par ailleurs, elles sont également inopportunes car elles ont pour effet d'alourdir la charge de la preuve et de limiter la prise en compte des abus de déséquilibre structurel.

1660. C'est le cas lorsqu'il faut démontrer que l'auteur a « *profité d'une manière déloyale* »¹³⁸⁴ de la situation de faiblesse de la victime. Cette condition n'a pas d'intérêt et n'a pas lieu d'être car son existence est déjà démontrée par la preuve de l'abus.

C'est également le cas de l'expression relative à « *alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance* »¹³⁸⁵ qui est un héritage du vice traditionnel de violence.

1661. Les principes UNIDROIT prévoient que les conditions de l'article 3.2.7 relatif à la contrainte économique seront appréciées, entre autres, en fonction de la nature et du but du contrat¹³⁸⁶. Le recours à ces éléments d'appréciation est difficilement compréhensible. Dans quelle mesure, la nature et le but du contrat pourraient affecter le consentement de

¹³⁸⁴ Art. 3.2.7 1) a) des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

¹³⁸⁵ Art. 4 : 109 1) b) du O. (Dir.) LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208 1) b) de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹³⁸⁶ Art. 3.2.7 1) b) des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

la victime ? En effet, ces éléments d'appréciation n'ont aucun effet sur le fait que le consentement de la victime a été violé. Ces conditions n'ont donc pas lieu d'être. Elles devraient être supprimées.

D'ailleurs, les auteurs du projet LANDO ont agi dans ce sens et ont supprimé dans le Cadre commun de référence la référence aux circonstances et au but du contrat qui n'apporte rien au traitement de la contrainte économique¹³⁸⁷.

1662. En somme, ces conditions ne sont ni légitimes à la réception des abus de déséquilibre structurel de la contrainte économique ni opportunes dans le traitement de la contrainte économique. Bien au contraire, elles ont pour effet de limiter les prises en compte des abus de déséquilibre structurel et donc de porter atteinte à l'efficacité du traitement de la contrainte économique.

1663. En définitive, l'analyse des projets de réforme permet de mettre en exergue que les régimes traitant de la contrainte économique sont le relais de la jurisprudence sur la violence économique. La lettre des régimes proposés par les projets de réforme en droit interne est sensiblement la même que celle de la jurisprudence du 30 mai 2000¹³⁸⁸ et du 3 avril 2002¹³⁸⁹ qu'ils entérinent. Cependant, ces régimes n'apportent rien de plus. Ces régimes ne sont qu'une assise légale offerte à la jurisprudence relative à la violence économique en droit civil.

1664. Il s'agit juste d'entériner cette jurisprudence et de lui donner une valeur légale.

Ainsi, les projets de réforme renvoient les justiciables à la jurisprudence qui a la lourde tâche de déterminer les contours de ce régime.

¹³⁸⁷ (Dir.) B. FAUVARQUE-COSSON, *Ibid.*

¹³⁸⁸ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*.

¹³⁸⁹ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*.

Il y a une volonté affichée de ces juristes de laisser à la jurisprudence le soin de mettre en oeuvre véritablement le régime de la violence économique.

Donc, il appartiendra à la jurisprudence de faire le travail de définition, de développement et de limiter les notions, expliquer ces notions, établir les critères d'appréciation pour chacune de ces notions. En somme, il appartient à la jurisprudence de faire le travail tant attendu par les projets de réforme.

1665. Ainsi, ces régimes se révèlent être une grosse déception car ils n'apportent rien de plus au régime de la violence économique et donc au traitement de la contrainte économique que l'évolution de la jurisprudence en droit civil n'a pas déjà apporté. Au contraire, ces régimes soulèvent d'autant plus d'interrogations. Le législateur aurait pu et aurait dû certainement se servir de son pouvoir de légiférer pour préciser ces régimes en vue d'améliorer le traitement de la contrainte économique.

1666. Le recours à des termes flous révèle la volonté des juristes d'offrir à la contrainte économique un champ d'application suffisamment large afin d'englober toutes les situations de contrainte économique. Le but étant de rendre le traitement de la contrainte économique plus dynamique, plus accessible, plus adéquat et plus souple. Cela permet de mettre en place un traitement des abus de déséquilibre structurel qui serait malléable et qui permet d'englober un nombre important de situation variées sur la contrainte économique et faire face aux défis de la pratique contractuelle toujours plus complexe. En somme, il revient à la jurisprudence de mettre en oeuvre véritablement un régime traitant de la contrainte économique. En effet, cette position s'inscrit dans le sillage d'une politique juridique plus générale prônée par les projets de réforme qui revendiquent une intervention accrue des magistrats dans le contrat afin d'assurer la loyauté contractuelle et la sécurité juridique dans le rapport contractuel.

1667. Certains pensent que les premières victimes du recours à des notions relativement larges sont les demandeurs en position de faiblesse car « *confrontés à un système relativement opaque, complexe et imprévisible* »¹³⁹⁰.

Toutefois, il faut répondre à cette crainte que le travail mené par la jurisprudence¹³⁹¹ inspire la confiance et assure la sécurité juridique. D'autant que comme bon nombre de régimes, il ressort de l'étude de la jurisprudence, de grandes tendances générales permettant de connaître la portée de ces notions. La jurisprudence rend souvent des décisions motivées en droit et en opportunité permettant de dégager de grandes tendances¹³⁹² voire même d'établir carrément des régimes prétoriens qui ont su à bien des titres pallier les lacunes législatives, comme ironiquement ce fut le cas pour la violence économique avec les arrêts du 30 mai 2000 et du 3 avril 2002¹³⁹³.

Au contraire, la crainte des juristes, auteurs des projets de réforme, que « *l'utilisation de définitions trop précises et même (à) une conceptualisation trop détaillée* »¹³⁹⁴ de ces régimes « *ne réduise la marge de manoeuvre des juges, qui est le plus souvent utilisée au bénéfice des demandeurs* »¹³⁹⁵ est compréhensible.

1668. L'insécurité juridique peut être tempérée par le recours à la jurisprudence dont le recours. Elle jouera surtout un rôle central dans le traitement de la contrainte économique car elle donnera vie et forme à ce régime.

Cependant, il existe toujours des zones de flou. Or, la règle de Droit doit être un instrument de prévision grâce auquel le justiciable doit pouvoir anticiper une réaction du Droit et choisit d'avoir un certain comportement ou non. Or, ici la règle de Droit n'est

¹³⁹⁰ J.-S. BORGHETTI, « La réforme du droit de la Responsabilité civile en France », *L.P.A.*, 13 mars 2014, n° 52, p.16.

¹³⁹¹ Dans ce sens : L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « Mars - septembre 2008 : facteurs de fragilité dans la formation des contrats », *Dr. et patri.*, 2009, n° 178.

¹³⁹² Dans ce sens : T. GENICON, D. MAZEAUD, *Ibid.*

¹³⁹³ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas.

¹³⁹⁴ J.-S. BORGHETTI, *op. cit.*

¹³⁹⁵ J.-S. BORGHETTI, *Ibid.*

pas prévisible. Mais encore faut-il pour cela que la pratique soit quelque peu réformée notamment par le recours à des garde-fous.

B. UNE MISE EN PRATIQUE RÉFORMABLE DES CONDITIONS

1669. Les projets de réforme ont fait le choix de conditions subjectives. Effectivement, les conditions relatives à l'exploitation abusive, au déséquilibre structurel, au résultat, ou au profit manifestement excessif ou disproportionné sont particulièrement subjectives. Elles ne possèdent aucun aspect objectif¹³⁹⁶.

Les projets de réforme font le choix de prendre en compte la contrainte économique et de traiter les abus de déséquilibre structurel sous un angle purement subjectif¹³⁹⁷.

La subjectivité ne concerne pas que les conditions choisies par les projets de réforme mais également la mise en oeuvre de ces conditions. En effet, l'appréciation même de ces conditions est marquée par le sceau d'une profonde subjectivité. L'appréciation de ces conditions se fait *in concreto* donc au cas par cas.

1670. De même, les critères d'appréciation retenus par les projets de réforme sont particulièrement subjectifs et ne dépendent finalement que de l'interprétation donnée par le juge. Les projets de réforme retiennent comme critère d'appréciation : la nature et le but du contrat, l'inégalité économique des parties, l'existence de relation antérieure entre les parties. Ainsi, bien que certains critères d'appréciation puissent avoir quelques aspects objectifs, ils sont tous majoritairement subjectifs car l'importance et l'influence de ces

¹³⁹⁶ Dans ce sens : P. ANCEL, « Article 1142 : violence économique », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 747 ; D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 279, §30 ; T. GENICON, D. MAZEAUD, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC*, 1 octobre 2012, n° 4, p. 1469.

¹³⁹⁷ Dans ce sens : P. ANCEL, *op. cit.*

critères dans le traitement de la contrainte économique sera uniquement déterminée par le juge.

1671. Ce subjectivisme est le fruit d'une très longue évolution de la jurisprudence du droit civil qui a mis en opposition dans un premier temps, le recours aux données psychologiques et aux données morales. Puis, dans un second temps, qui s'est illustré par la prédominance des données psychologiques sur les données morales¹³⁹⁸. En effet, comme le Professeur Dominique FENOUILLET : « *l'essor du subjectivisme tient ensuite aux innovations de fond* »¹³⁹⁹ [...] procédant d'« *une conception plus éthique de l'engagement conventionnel* »¹⁴⁰⁰ et qui « *visent pour l'essentiel la même finalité : renforcer la qualité des consentements* »¹⁴⁰¹.

1672. Toutefois, ce subjectivisme crée un aléa juridique soumettant ainsi les justiciables à de l'insécurité juridique car « *ces termes correspondent à autant de conditions qui seront livrées à l'interprétation des juges, ouvrant le champ à des applications plus ou moins large* »¹⁴⁰² des régimes traitant de la contrainte économique.

1673. Aussi, il convient d'injecter un peu d'objectivisme dans le traitement de la contrainte économique c'est-à-dire de mettre en place certains garde-fous permettant d'une part aux justiciables de pouvoir anticiper la mise en oeuvre des régimes de la contrainte économique afin de les protéger autant que faire se peut de l'aléa juridique et d'autre part, d'éviter que ces régimes ne fassent pas l'objet d'une application victimaire

¹³⁹⁸ v. l'évolution de la reconnaissance de la contrainte économique en droit civil.

¹³⁹⁹ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 279, §29.

¹⁴⁰⁰ P. CATALA, « Au-delà du bicentenaire », *RDC*, 1 octobre 2004, n° 4, p. 1145.

¹⁴⁰¹ D. FENOUILLET, *Ibid.*

¹⁴⁰² G. LOISEAU, *Ibid.* Dans le même sens : P. STOFFEL-MUNCK, « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 45 ; M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet » », *JCP*, 22 octobre 2008, n° 43, I, 199 : « *le droit évolue déjà dans maintes autres domaines vers un subjectivisme et un contrôle des intentions, et il est bon de conserver quelques outils objectifs permettant d'indiquer quelles situations ne sont pas autorisées et validées par le droit indépendamment du consentement des parties* ».

dont le seul but est de faire annuler un contrat mal négocié ou mettre fin à une relation contractuelle qui n'est plus voulue.

1674. Dans le but de rendre le traitement de la contrainte économique plus objectif, certains mettent en avant la possibilité d'abandonner certaines situations de faiblesse comme l'état de nécessité¹⁴⁰³ ou de préférer une vulnérabilité maîtrisée¹⁴⁰⁴ en introduisant les situations de faiblesse intrinsèque à la victime comme la dépendance psychique, l'âge, ou l'état de santé car devant être prouvé médicalement. De même, certains proposent de conditionner l'annulation de la convention pour contrainte économique à la démonstration d'un avantage excessif¹⁴⁰⁵.

1675. Il est vrai que des garde-fous doivent être mis en place pour éviter au maximum que les justiciables ne souffrent de l'aléa juridique qui peut être attaché à ce régime traitant de la contrainte économique et pour éviter certaines dérives dans les lettres de ces régimes traitant de la contrainte économique c'est-à-dire au sein des conditions choisies que dans la mise en oeuvre lors de l'appréciation de ces conditions.

1676. Notons toutefois que certains garde-fous existent déjà. En effet, le fait de conditionner l'annulation pour contrainte économique à la démonstration d'une exploitation abusive et en limitant cet abus à certaines situations de faiblesse sont des garde-fous. De même que la condition relative au déséquilibre structurel.

En plus, l'expérience et la sagesse des magistrats permettent et de contrebalancer la subjectivité de ces conditions durant leur appréciation.

¹⁴⁰³ Dans ce sens : P. DUPICHOT, « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats », *Dr. et parti.*, 2015, n° 247.

¹⁴⁰⁴ G. LOISEAU, *Ibid.*

¹⁴⁰⁵ Dans ce sens : P. DUPICHOT, *op. cit.*

Davantage de garde-fous pourraient étouffer ces régimes et porter une atteinte grave à l'efficacité du traitement de la contrainte économique. Par ailleurs, il ne suffit pas de déterminer des garde-fous mais encore faut-il que les conditions soient légitimes et opportunes au regard de la contrainte économique. Or, ces conditions ne le sont pas.

1677. Nombreux sont ceux qui sont méfiants quant à l'idée de laisser la jurisprudence faire l'objet d'un garde-fou. En ce sens que l'aléa juridique vient du fait que les toutes conditions sont soumises à l'appréciation des magistrats qui seront alors libres de les entendre, les comprendre et de les appliquer comme bon leur semblera en leur accordant la portée, l'influence et l'importance voulues.

1678. Il est vrai que, contrairement au principe de non-ingérence dans le contrat¹⁴⁰⁶ qui reste central en Droit français, les projets de réforme dotent les juges d'importants pouvoirs (possibilité de rééquilibrer le contrat) dont certains doivent être pris avec précaution et sur lesquels il conviendra de revenir (cf. Des remèdes recommandés pour un traitement efficace et cohérent de la contrainte économique).

En effet, « *l'intervention du juge dans le contrat est appréhendée avec méfiance et défiance en Droit français* » car « *considérée comme une source fatale d'insécurité* »¹⁴⁰⁷.

1679. Certains remettent en cause la sagesse de la jurisprudence dans sa mission d'interprétation créatrice¹⁴⁰⁸ ou déplore la lenteur de la jurisprudence à clarifier les choses¹⁴⁰⁹ et donc à dessiner des lignes suffisamment générales à partir desquelles une théorie pourrait être construite pour envisager avec plus de clairvoyance l'application de

¹⁴⁰⁶ D. MAZEAUD, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.*, 2009, p. 1364, §7.

¹⁴⁰⁷ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *L.P.A.*, 7 mai 2004, n° 92, p.47, §32.

¹⁴⁰⁸ P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*

¹⁴⁰⁹ Dans ce sens : P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid* ; O. TOURNAFOND, « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », *Dr. et patri.*, 2015, n° 247.

ces conditions et permettre ainsi de mettre les justiciables à l'abri de l'insécurité juridique régnant au sein de ces régimes.

1680. D'autres expriment quelques réticences à cette intervention du juge. Ils estiment que le juge a « *un rôle excessif* »¹⁴¹⁰ et mettent en avant les dangers que pourrait représenter « *l'arbitraire du juge* »¹⁴¹¹.

Le Professeur Philippe STOFFEL-MUNCK estime que : « *l'apparente subjectivité de ces critères rapportée à la vigueur de la sanction offerte, favorise ce que les économistes appellent des « comportements opportunistes »* »¹⁴¹². Le choix de la nullité comme sanction à la violence économique permettrait « *de se libérer d'une affaire dont les risques ont mal tourné, et on rappellera qu'au surplus, le jeu des restitutions lui permet parfois de s'enrichir à très bon compte* »¹⁴¹³. Ainsi, pour lui, « *l'élasticité [de ces] critères et la vigueur de la sanction dont elle est assortie sont un appel d'air au contentieux* »¹⁴¹⁴.

1681. Lorsque la volonté d'une partie semble être menacée, l'intervention des juges pourrait permettre d'assainir la relation contractuelle et de maintenir un équilibre entre justice contractuelle et sécurité juridique¹⁴¹⁵. Par ailleurs, le recours aux juges est non seulement nécessaire mais également essentiel à ces conditions pour « *leur donner vie et disposer de la flexibilité nécessaire pour les adapter au fil du tels aux évolutions des mœurs et des besoins juridiques* »¹⁴¹⁶.

¹⁴¹⁰ F. TERRE, « La réforme du droit des contrats », *D.*, 2008, p. 2992.

¹⁴¹¹ O. TOURNAFOND, *op. cit.*

¹⁴¹² P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹⁴¹³ P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹⁴¹⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹⁴¹⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, « Table ronde : Le regard des juristes européens », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 371.

¹⁴¹⁶ F. BAUMGARTNER, « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 668.

1682. Il appartient aux juges de déterminer un seuil entre le simple besoin et l'état de nécessité, entre l'ancienneté dans une relation économique et l'état de dépendance économique. En somme entre un simple rapport de force économique inégal (ce qui est normal et correspond à la majorité des relations contractuelles) et un déséquilibre structurel. Ils devront établir un seuil entre une exploitation abusive et une simple exploitation qui est admise car relevant du jeu commercial normal¹⁴¹⁷ ; et enfin, ils devront fixer un seuil entre un résultat avantageux pour une partie et un résultat pouvant découler d'une situation de contrainte économique.

1683. Tout ces critères déterminés par l'expérience et la sagesse du juge portent en eux « *une prévisibilité proportionnée à la personnalité du juge* »¹⁴¹⁸ qui les met en oeuvre. Cette intervention importante des juges dans le contrat s'inscrit dans une volonté plus générale de confiance à l'égard des juges en matière contractuelle de la part des projets de réforme¹⁴¹⁹ car elle s'inscrit en priorité en faveur de la survie du contrat et celle de la relation contractuelle dont il assure la loyauté contractuelle.

1684. La sagesse et l'expérience des juges ont démontré à plusieurs reprises par le passé que les juges savaient faire preuve de parcimonie dans l'application de la violence morale où elle refusait d'assimiler « *des conditions économiques défavorables ou une situation de dépendance* »¹⁴²⁰ à la violence morale.

Le recours à la jurisprudence comme relais offre l'avantage pour les politiques juridiques d'être malléables. Les juges assurent la flexibilité du Droit¹⁴²¹.

1685. Par ailleurs s'agissant de la sécurité juridique, l'expérience, la sagesse des juges permet tout autant de faire barrages aux comportements opportunistes. Par ailleurs, par le

¹⁴¹⁷ P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹⁴¹⁸ P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹⁴¹⁹ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959.

¹⁴²⁰ O. TOURNAFOND, *Ibid.*

¹⁴²¹ P. CATALA, *Ibid.*, p. 1145, §10.

passé, les magistrats ont montré à maintes reprises qu'ils avaient recours avec parcimonie à leur pouvoir d'interprétation créateur avec sagesse et leur expérience s'avère être une arme efficace. En effet, d'une part en rejetant ces demandes, d'autre part, en dégagant une politique jurisprudentielle générale permettant de théoriser et de montrer qu'ils s'opposent ainsi à ces comportements opportunistes ce qui pourrait consister en un effet dissuasif.

1686. D'ailleurs, notons que le recours à des régimes dont la lettre est trop détaillée ne permettent pas d'appréhender les comportements nécessaires car ils ont pour effet d'étouffer le régime même et limiter le recours à ce régime et par conséquent, ils portent atteinte à l'efficacité de la prise en compte de la contrainte économique.

1687. De même s'agissant de la malléabilité, on ne peut qu'encourager l'intervention des juges dans la mise en ouvert de ces conditions. Les standards juridiques sont essentiels pour offrir à ces régimes une malléabilité nécessaire à la contrainte économique, notion très contextuelle et ainsi afin d'assurer l'efficacité de ces régimes. Aussi, l'intervention des juges pour la mise en oeuvre de ces conditions est nécessaire.

1688. Par ailleurs, l'aléa juridique inné à la judiciarisation du contrat peut être balayé car la jurisprudence a su dégager des tendances permettant de dessiner des théories générales limitant grandement l'insécurité juridique des justiciables.

En plus des conditions qui sont elles-mêmes un garde-fou, par leur sagesse et de leur expérience les juges représentent d'autant de sécurité et de barrages aux comportements opportunistes. Il serait bien dommage et de mauvaise foi que de considérer que les juges sont dans l'incapacité de repérer et de faire obstacle aux comportements vicieux.

1689. En somme, loin d'être le pire des choix, la judiciarisation des contrats non seulement apparaît comme étant inévitable mais il semblerait que le juge permet d'établir

un équilibre entre justice contractuelle et sécurité juridique. Le juge joue presque le rôle de gardien de la loyauté contractuelle et il est en charge de prescrire et d'imposer le juste et non plus simplement de dire le Droit.

1690. La réception de la contrainte économique en droit progressif souffre non seulement d'un choix de conditions perfectibles mais également d'un système punitif désastreux.

PARAGRAPHE II. LE CHOIX DISCUTABLE DES SANCTIONS RETENUES

1691. La structure punitive mise en place par les projets de réforme en droit interne et en droit européen pour le traitement de la contrainte économique est plus que discutable.

1692. Certains projets de réforme font soit le choix d'une structure punitive composée de sanctions traditionnelles légitimes et opportunes mais qui pourraient être modifiées afin d'améliorer l'opportunité de ces sanctions (A). Soit, ces projets font le choix d'une structure punitive innovante au prix d'une certaine cohérence et d'une efficacité (B).

A. UNE STRUCTURE PUNITIVE TRADITIONNELLE AMÉLIORABLE

1693. Le projet CATALA et le projet de la CHANCELLERIE ainsi que l'ordonnance du 10 février 2016 ont fait le choix de retenir des sanctions traditionnelles. Ils sanctionnent la violence économique par la nullité de l'acte juridique et l'indemnisation du préjudice subi par la victime¹⁴²². La nullité de l'acte juridique ainsi que l'octroi de dommages et intérêts à la victime s'imposent comme étant, à juste titre, les sanctions naturelles de la contrainte économique.

1694. L'exploitation abusive d'un déséquilibre structurel consiste à contraindre la victime à adopter un comportement qu'elle ne souhaite pas mais auquel elle est forcée. Ainsi, un abus de déséquilibre structurel repose sur le consentement vicié de la victime. La violation d'une condition de validité ne peut se résoudre que par la nullité. Elle s'impose donc comme étant la sanction naturelle d'une situation de contrainte économique.

Par ailleurs, la nullité et la réparation du préjudice subi comme sanction de la violence économique s'inscrivent parfaitement dans la logique et la finalité de la contrainte économique. Elle s'explique également par le choix de l'instrument traitant de la contrainte économique qui est la violence économique et par les conditions (démonstration d'un abus et donc du consentement violé de la victime, autrement dit violation d'une condition de validité d'un acte juridique).

¹⁴²² Art. 1115 du (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005 : « *La convention contractée par erreur, dol ou violence donne ouverture à une action en nullité relative. Indépendamment de l'annulation du contrat, la violence, le dol ou l'erreur qui cause à l'une des parties un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » ; Art. 64 du *Projet de réforme du droit des contrats* (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009 : « *Le contrat conclu par erreur, dol ou violence ouvre droit à une action en nullité relative. [...] Indépendamment de l'annulation du contrat, la violence, le dol ou l'erreur qui cause à l'une des parties un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

1695. Il faut préciser deux choses. La première étant, qu'ici, il s'agit bien évidemment de la nullité relative et non absolue. Il est impératif d'opérer une distinction claire entre ordre public de protection et d'ordre public de direction. La nullité ne s'appliquant ici qu'aux personnes que le législateur entend protéger.

1696. La seconde étant qu'afin de préserver la pérennité contractuelle, certains¹⁴²³ ont pu s'interroger sur la légitimité et l'opportunité d'avoir recours à la nullité partielle plutôt qu'à la nullité de l'acte juridique dans sa globalité. Cette idée ne peut pas s'appliquer ici pour la contrainte économique, car l'existence même de l'acte juridique et du rapport contractuel repose sur un consentement vicié. Cela reviendra à dénaturer et à vider l'acte juridique.

1697. S'agissant de la réparation du préjudice subi par la victime, il faut s'interroger sur la légitimité et l'opportunité d'avoir recours à des dommages et intérêt punitifs. Certains¹⁴²⁴ pensent que seuls les dommages et intérêts indemnitaires suffisent à avoir les mêmes effets que le rééquilibrage. Toutefois, le recours à des dommages et intérêt punitifs semble particulièrement intéressant en ce sens qu'il permettrait d'avoir les mêmes effets que le rééquilibrage du contrat à ce près que les contractants faibles victime de la contrainte économique qu'il ne serait plus lié par la relation contractuelle. Son consentement ne serait alors plus vicié.

1698. Le recours aux dommages et intérêts punitifs semble opportun. En effet, les dommages et intérêts punitifs remplissent toutes les fonctions que toutes les sanctions doivent respectées. Ils ont un effet indemnitaire car les dommages et intérêts sont versés directement à la victime. Ils présentent également un effet punitif en raison de l'importance des montants.

¹⁴²³ Concernant le déséquilibre significatif : R. SCHULZE, « Table ronde : Le regard des juristes européens. L'avant-projet de la Chancellerie et la discussion européenne sur le droit des contrats », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 380.

¹⁴²⁴ P. ANCEL, « Article 1142 : violence économique », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 747.

Par ailleurs, le versement de dommages et intérêts punitifs et non pas seulement indemnitaires sont faits pour punir significativement un comportement répréhensible. Enfin, ils ont un fort effet dissuasif. L'effet dissuasif est dû au montant des dommages et intérêts punitifs. En effet, il faut que le montant des dommages et intérêts punitifs soit suffisamment élevé pour faire perdre le caractère lucratif à l'abus de déséquilibre structurel. Aussi, le recours aux dommages intérêts punitifs est opportun. Le recours aux dommages et intérêts punitifs aura pour mérite de réaffirmer que la violation d'une condition de validité est la nullité. Elle permettrait ainsi de refléter parfaitement l'identité juridique française tout en la faisant évoluer et en la modernisant et en l'adoptant aux besoins et aux caractéristiques de la contrainte économique. Le recours aux dommages et intérêts punitifs semble donc être opportun et légitime.

1699. Ainsi, la structure punitive traditionnelle choisi par le projet CATALA et le projet de la CHANCELLERIE et même par l'ordonnance du 10 février 2016 est légitime et opportune. Les sanctions choisies s'imposent comme étant les sanctions naturelles à la contrainte économique.

1700. Certains projets de réforme ont fait le choix de mettre en place une structure punitive qui se distinct de la structure punitive traditionnelle mais ces sanctions innovantes se font au prix d'une certaine cohérence et efficacité.

B. UNE STRUCTURE PUNITIVE INNOVANTE INCOHÉRENTE ET INFRUCTUEUSE

1701. Les principes UNIDROIT, le projet GANDOLFI, le projet LANDO, le Cadre commun de référence ainsi que le projet TERRE ont mis en place un système punitif composé de sanctions particulières tranchant avec les sanctions traditionnelles retenues par le projet CATALA et le projet de la CHANCELLERIE.

1702. Effectivement, les principes UNIDROIT¹⁴²⁵ retiennent comme sanction principale par la lésion qualifiée la nullité de l'acte juridique. Ils prévoient qu'à la demande de la partie lésée, le contrat peut être adapté « *afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale* »¹⁴²⁶. Par ailleurs, les principes UNIDROIT prévoient également d'adapter le contrat à « *la demande de la partie ayant reçu une notification d'annulation pourvu que l'expéditeur de la notification en soit informé sans tarder et qu'il n'ait pas agi raisonnablement en conséquence* »¹⁴²⁷.

1703. Le projet GANDOLFI¹⁴²⁸ propose que le contrat entaché de lésion qualifiée soit rescindable. Il ne propose aucune autre sanction à la lésion qualifiée curieusement, la nullité n'est même pas envisagée.

¹⁴²⁵ Art. 3.2.7 §1 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT < <http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

¹⁴²⁶ Art. 3.2.7 §2 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT < <http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

¹⁴²⁷ Art. 3.2.7 §2 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT < <http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

¹⁴²⁸ Art. 30, 3 « Contenu licite et non abusif » du (Dir.) G. GANDOLFI, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001.

Autrement dit, pour les auteurs du projet GANDOLFI la violation du consentement d'une partie, condition de validité de tout acte juridique ne devrait pas encourir la nullité de l'acte juridique pour lequel la volonté et la liberté du contractant ont été violées.

1704. Le projet LANDO¹⁴²⁹ et le Cadre commun de référence¹⁴³⁰ proposent un système punitif identique. A côté de la nullité, ces-derniers prévoient comme sanction de la lésion qualifiée, la possibilité, pour la partie lésée, de demander au juge d'adapter le contrat « *de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne foi* »¹⁴³¹. Ils vont même plus et permettent à « *la partie qui a reçu une notification d'annulation pour profit excessif ou avantage déloyal* »¹⁴³² de demander au Tribunal, à condition que cette partie « *dès qu'elle a reçu la notification en informe l'expéditeur avant que celui-ci n'ait agi en conséquence* »¹⁴³³.

¹⁴²⁹ Art. 4 : 109 « profit excessif ou avantage déloyal » du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

¹⁴³⁰ Art. 4 : 208 « Avantage manifestement excessif » de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹⁴³¹ Art. 4 : 109, 2 « profit excessif ou avantage déloyal » du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003. De manière quasi-identique : Art. 4 : 208, 2 « Avantage manifestement excessif » de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹⁴³² Art. 4 : 109, 3 « profit excessif ou avantage déloyal » du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208, 3 « Avantage manifestement excessif » de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7 : « *le tribunal peut également à la requête de la partie qui a reçu une notification d'annulation pour avantage manifestement excessif, adapter le contrat, pourvu que cette partie, dès qu'elle a reçu la notification, en informe l'expéditeur avant que celui-ci n'ait agi en conséquence de telle sorte que le contrat ait perdu pour lui tout intérêt* ».

¹⁴³³ Art. 4 : 109, 3 « profit excessif ou avantage déloyal » du (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003 ; Art. 4 : 208, 3 « Avantage manifestement excessif » de L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de

1705. Enfin, très inspiré des projets de réforme en droit européen, le projet TERRE opte pour une solution des plus singulières en faisant le choix comme sanction première à la violence économique de chercher à « rétablir l'équilibre contractuel »¹⁴³⁴. Et seulement si ce « rétablissement »¹⁴³⁵ est impossible, de manière subsidiaire, la nullité sera prononcée par le juge. Ainsi, ici, la sanction première est le « rétablissement » de l'équilibre contractuel, la nullité ne s'impose comme sanction que dans un second temps.

Il est étonnant que des juristes français ne retiennent pas comme sanction de la violation d'une condition de validité à un acte juridique la nullité de l'acte juridique bâti sur un consentement vicié.

1706. Ces projets de réforme ont en commun de proposer un système punitif reposant sur des sanctions relativement inhabituelles. En effet, ils proposent la nullité de l'acte juridique entaché de lésion qualifiée et/ou la possibilité d'adapter le contrat. Il s'agit davantage de « rééquilibrer » le contrat à des termes conformes aux exigences de la bonne foi... En somme, il s'agit de rétablir l'équilibre contractuel afin d'effacer les effets de la situation de contrainte économique et ainsi tenter de faire disparaître l'existante même de cette contrainte économique.

Tous ces projets de réforme offrent le choix entre la nullité et le « rééquilibrage » du contrat. Ces projets font du rééquilibrage une sanction à part entière de la lésion qualifiée. Ainsi, un acte juridique entaché de lésion qualifiée et reposant, par conséquent, sur un consentement vicié peut être sanctionné d'un rééquilibrage c'est-à-dire par la recherche de l'équilibre contractuel.

la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. B. FAUVARQUE-COSSON, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

¹⁴³⁴ Art. 66, al. 1^{er} du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

¹⁴³⁵ Art. 66, al. 1^{er} du (Dir.) F. TERRE, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

1707. Le projet GANDOLFI et le projet TERRE vont plus loin que les autres projets car ils offrent une place de choix à la recherche de l'équilibre contractuel dans la structure punitive pour la lésion qualifiée.

Le projet GANDOLFI retient comme sanction unique de la lésion qualifiée, le rétablissement de l'équilibre contractuel. Contrairement aux autres projets de réforme, le projet TERRE crée une sorte de hiérarchie entre les sanctions. La sanction première est le « *rééquilibrage* » du contrat seulement si, le rétablissement de l'équilibre contractuel est impossible, de manière purement subsidiaire, la nullité de l'acte sera prononcée.

En effet, le projet GANDOLFI et le projet TERRE accorde une place privilégiée au rééquilibrage. Ils en font non seulement une sanction à part entière de lésion qualifiée et donc de la contrainte économique mais c'est également la sanction de référence, celle qui, selon ces projets, s'impose par nature !

1708. Il faut s'interroger sur l'efficacité et la cohérence de ces sanctions pour traiter de la lésion qualifiée ou de la violence économique en somme pour prendre en compte des abus de déséquilibre structurel. Il faut donc s'interroger sur la légitimité et l'opportunité de ces sanctions.

1709. L'opportunité du rééquilibrage de l'acte juridique entaché de contrainte économique peut être questionnée, dans un premier temps, au regard des fonctions qu'une sanction doit remplir. En effet, toute sanction doit être punitive, dissuasive et réparatrice.

Le choix du rééquilibrage comme sanction à une situation de contrainte économique, qu'elle soit traitée au titre de la lésion qualifiée ou de la violence économique, ne semble pas remplir ces fonctions.

En effet, la recherche de l'équilibre contractuel comme sanction à une situation de contrainte économique, reposant donc sur un consentement extorqué, n'est en aucun cas punitive en ce sens que le comportement ayant conduit à extorquer le consentement de la victime a abouti à l'existence même de l'acte juridique. Aussi, bien qu'ayant rééquilibré le contrat, en permettant la survie de l'acte juridique, le consentement est toujours vicié et la liberté et la volonté de la victime sont toujours violées. Par ailleurs, comme le rappelle le Professeur François CHENEDE : « *le contractant abusé devrait toujours pouvoir obtenir, s'il le souhaite la nullité de son engagement* »¹⁴³⁶.

Ainsi, la recherche de l'équilibre contractuel n'a pas une fonction punitive. Comment pourrait-elle avoir une fonction punitive en faisant perdurer l'acte juridique entaché de contrainte économique et qui repose sur un consentement vicié ?

1710. De même, cette sanction ne présente pas de caractère dissuasif. Bien au contraire, le rétablissement de l'équilibre contractuel comme sanction de la lésion qualifiée ou de la violence économique provoque l'effet contraire. Il incite davantage à avoir recours à la contrainte économique à forcer une relation contractuelle car la sanction n'est pas la nullité mais seulement le rééquilibrage du contrat. Pour l'auteur, « le risque en vaut la chandelle ». La contrainte économique s'apparente à une faute lucrative. Par conséquent, si les sanctions ne sont pas à la hauteur du gain retiré, elles n'ont aucun effet dissuasif. Ici, au contraire, elles ont un effet presque encourageant car elles font passer l'idée que commettre une exploitation abusive d'un déséquilibre structurel n'engendre que le rééquilibrage de l'acte juridique et non la nullité du dudit acte.

1711. Enfin, pour apprécier l'aspect réparateur de cette sanction, il faut apporter une nuance subtile. En effet, certains pourraient mettre en avant le fait que le rééquilibrage du contrat a pour vocation par définition de recherche et de rétablir l'équilibre contractuel du contrat et donc, il présenterait ainsi une fonction réparatrice.

¹⁴³⁶ F. CHENEDE, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 655, §7.

Toutefois, ici, l'objet de la réparation est le consentement vicié, entravé, extorqué de la victime. Comment peut-on « réparer » ce consentement extorqué ayant conduit la victime dans une relation contractuelle forcée en choisissant comme sanction le rétablissement de l'équilibre contractuel de l'acte juridique, créateur du rapport contractuel forcé ?

1712. Les auteurs des projets de réforme pensent qu'en rétablissant l'équilibre contractuel, les effets de la contrainte économique s'effacent mais effacer les conséquences de la contrainte économique ne supprime pas l'existence même de la contrainte économique. La contrainte économique existe tant que l'acte juridique existe car tant que l'acte juridique produit des effets, le consentement est toujours vicié ! A titre indicatif, la même réflexion peut être menée concernant les dommages et intérêts : les dommages et intérêts ont le même effet¹⁴³⁷.

1713. Bien au contraire, cette sanction impose à la victime d'une double peine, celle de voir son consentement extorqué et d'être forcée de rester dans une relation contractuelle qu'elle n'a pas voulu et dont elle souhaite se défaire ; et dont par ailleurs, elle aurait pu se défaire si la sanction aurait été la nullité et non le rééquilibrage du contrat. D'autant plus lorsque le rééquilibrage est demandé par l'auteur de la contrainte économique comme cela est prévu dans les projets de réforme après avoir reçu une notification de nullité de l'acte juridique exprimant ainsi la volonté de la victime de mettre fin à cette relation contractuelle.

Donc, le rétablissement de l'équilibre contractuel ne répare en rien la contrainte économique mais uniquement ses effets ! Est-ce suffisant ? Cela reviendrait à céder une partie sacrée du Droit français à modifier profondément l'identité juridique française : cela revient à sacrifier le consentement expression juridique de la liberté de la volonté des hommes, acquis de la Révolution française au nom de la pérennité contractuelle.

¹⁴³⁷ F. CHENEDE, *op. cit.*

Aussi, il est évident que le choix du rééquilibrage comme sanction de la contrainte économique est inopportun.

1714. Par ailleurs, la légitimité de cette sanction est aussi discutable au regard de la finalité de la lutte contre la contrainte économique.

En effet, au regard de la finalité de la contrainte économique, la sanction retenue n'est pas légitime.

La finalité de la lutte contre les abus de déséquilibre structurel est la protection du consentement vicié. En effet, le but étant de protéger le consentement c'est-à-dire protéger la liberté et la volonté de la victime et non d'assurer l'équilibre contractuel de l'acte juridique.

1715. Or, afin d'assurer la protection du consentement extorqué de la victime, la sanction adéquate devrait être la nullité de l'acte juridique, sanction naturelle et évidente de la violation d'une condition de validité. En refusant d'avoir recours à la nullité et en faisant le choix du rééquilibrage comme sanction de la contrainte économique afin de protéger le consentement extorqué de la victime, les projets de réforme ne prennent pas en compte les circonstances psychologiques de formation de l'acte juridique maintenant la victime dans l'état où sa volonté et sa liberté ont été violées.

1716. Le choix des sanctions souligne que les projets de réforme ont fait le choix de poursuivre d'autres objectifs que la protection du consentement vicié.

En effet, face à une telle incohérence entre la finalité du régime qui est la lutte contre la contrainte économique et donc la protection du consentement vicié et le rééquilibrage, sanction choisie, il est légitime de s'interroger sur la finalité poursuivie par les régimes sanctionnant la lésion qualifiée ou la violence économique.

Au vu de la sanction, la finalité retenue se serait-elle pas la sanction d'un déséquilibre contractuel et la recherche de l'équilibre contractuel ? N'y aurait-il pas une confusion dans l'esprit des juristes quant à la finalité poursuivie par la lutte contre la contrainte économique ?

1717. L'intitulé de chaque régime met en lumière l'incompréhension criante et dangereuse des juristes quant à la contrainte économique.

Selon Jean-Pierre GRIDEL, les dispositions du projet GANDOLFI « *entendent moins régir le contrat que le servir en tant qu'instrument de réalisation des intérêts des parties* »¹⁴³⁸. C'est ainsi que selon lui s'explique « *la relativisation d'oppositions traditionnelles rigides : celle de la validité/nullité transcendée par divers procédés de régularisation (validation partielle, conversion, amendement, réduction à équité du contrat rescindable)* »¹⁴³⁹.

Ici, les projets font le choix d'empiéter en quelque sorte sur la cohérence entre finalité poursuivie et sanctions afin de faire privilégier les intérêts des parties.

Quel intérêt peut avoir une partie extorquée de son consentement dans le cadre d'une situation de contrainte économique à poursuivre la relation contractuelle ?

1718. Contrairement à ce que peut affirmer le Professeur Jean-Pierre GRIDEL, ici, ce n'est pas l'intérêt des parties qui est poursuivi mais l'existence même de la relation contractuelle. Son existence prime sur les raisons et les moyens de son existence. Ce qui est importe c'est l'efficience économique que cette relation contractuelle génère, raison pour laquelle ces projets retiennent comme sanction à une situation de contrainte économique le rétablissement de l'équilibre contractuel car la finalité ultime n'est pas la protection du consentement vicié de la victime mais la recherche de l'efficience économique ce qui passe forcément par la préservation de la relation contractuelle quand

¹⁴³⁸ J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55.

¹⁴³⁹ J.-P. GRIDEL, *op. cit.*

bien même cette-dernière est entachée de contrainte économique et donc repose sur un consentement vicié. Les projets de réforme optent pour la révision afin de sauver le contrat dans le but d'assurer une pérennité contractuelle. Pour garder un contrat pérenne encore faut-il qu'il soit valablement formé.

1719. Le rééquilibrage s'inscrit dans une « *tendance générale dans les principes européens qui est celle de sauver le contrat aussi souvent que cela paraît utile aux parties* »¹⁴⁴⁰.

Le Professeur Denis MAZEAUD voit dans le rééquilibrage « *une opportune alternative à la nullité du contrat qui permet de garantir la pérennité d'un contrat dont l'intérêt pour les contractants est avéré, en dépit de l'erreur initialement commise* »¹⁴⁴¹ que le rééquilibrage du contrat « *neutralise ou en raison de l'équilibre contractuel qu'elle restaure* »¹⁴⁴².

On ne peut que s'opposer vigoureusement à de tels arguments car les accepter reviendrait à perdre de vue la finalité poursuivie par la lutte contre la contrainte économique qui est la protection du consentement de la victime. Le rééquilibrage du contrat ne saurait en aucun cas neutraliser d'une manière ou d'une autre l'erreur initialement commise sur laquelle repose l'existence même de ce rapport contractuel. Le Professeur Denis MAZEAUD semble mettre de côté le fait qu'il ne s'agit pas d'une simple erreur pardonnable ou excusable mais bien d'un abus.

De plus, le Professeur Dominique FENOUILLET va jusqu'à voir dans le rééquilibrage une tentative d'insertion d'objectivisme afin de contrebalancer le subjectivisme majoritaire. En effet, il déclare que le contrat bénéficie « *d'une sorte de « rattrapage » pour des considérations objectives, d'équilibre contractuel et d'utilité du contrat* »¹⁴⁴³.

¹⁴⁴⁰ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959, §29.

¹⁴⁴¹ D. MAZEAUD, *op. cit.*

¹⁴⁴² D. MAZEAUD, *Ibid.*

¹⁴⁴³ D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 279, §57.

1720. Il est légitime de se poser la question : un abus est-il légitimement et juridiquement excusable ?

En tout état de cause, ne pas retenir la nullité comme sanction reviendrait à excuser cet abus. Or, comment un abus, d'autant plus lorsqu'il entraîne un consentement vicié, peut-il être rescindable ou réparable autrement dit excusable ?

1721. Il est impossible de s'interroger sur la sanction d'une violation d'une condition de validité à un contrat sans s'interroger sur l'identité juridique française. L'identité juridique française doit se fondre dans l'identité juridique européenne tout en continuant d'exister, de s'exprimer au risque de se perdre. Or, le cœur de notre droit contractuel est le consensualisme. Autrement dit, l'échange des consentements et donc des volontés. La liberté et la volonté, la sacro-sainte libre volonté est incarnée en Droit par le consensualisme.

Ainsi, le choix du rééquilibrage du contrat comme sanction n'est pas légitime pour sanctionner une situation de contrainte économique, un consentement vicié, la violation d'une condition de validité à un acte juridique.

En somme, le choix du rééquilibrage comme sanction n'est pas légitime au regard de la finalité de la contrainte économique et par ailleurs, il n'est pas non plus opportun.

1722. Bien que cette sanction ne soit pas réellement opportune, elle présente une mince opportunité sur laquelle il convient de revenir.

L'opportunité du choix du rétablissement de l'équilibre contractuel peut se comprendre face à la nécessité de se hisser aux exigences particulières du monde des affaires, domaine de prédilection de la contrainte économique. En effet, pour faire face à ces abus de déséquilibre structurel qui s'expriment particulièrement dans le monde des affaires, le régime traitant de la contrainte économique doit être flexible et malléable. Des qualités que présentent indéniablement le rééquilibrage du contrat en étant érigé en tant que sanction.

En maintenant l'acte juridique en vie, le rééquilibrage permet que le contrat produise des effets, permet une certaine efficacité économique si essentielle au monde des affaires.

Choisir le rééquilibrage comme sanction de la lésion qualifiée ou de la violence économique permet d'assurer une pérennité contractuelle et une sécurité juridique aux justifiées.

1723. Toutefois, mise à part cette unique appréciation en opportunité, le rééquilibrage ne présente pourtant aucune opportunité réelle et tangible. Par ailleurs, il est clairement établi que cette sanction est illégitime à bien des égards.

La question est de savoir si cette légère opportunité peut peser face à l'illégitimité de cette sanction. Bien que les projets de réforme aient pris position, il semble que ce choix soit malheureux. On ne peut s'appuyer uniquement sur l'opportunité d'une sanction pour la justifier, d'autant lorsqu'elle est si mince tout en présentant autant d'illégitimité.

Est-ce que la pérennité contractuelle devrait l'emporter sur la loyauté contractuelle ? Est-ce qu'au nom d'une pérennité contractuelle, l'abus de déséquilibre structurel, l'atteinte au consentement de la partie contrainte devrait être effacée en limitant les résultats de la contrainte économique en ramenant ce déséquilibre contractuel à ce qui aurait dû être si la contrainte économique n'avait pas eu lieu ?

Le choix de cette sanction n'est pas opportun car les intérêts des parties ne sont pas vraiment sanctionnés et, la protection de la partie faible n'est pas assurée.

1724. Par ailleurs, il semblerait qu'une solution intermédiaire et légitime et opportune existe. Elle permet d'assurer la fidélité à notre identité juridique française tout en faisant preuve de la flexibilité nécessaire à la lutte contre la contrainte économique.

1725. En effet, face à un système punitif traditionnel qui pourrait se révéler limité face aux particularités de la contrainte économique et à la malléabilité exigée dans le domaine des affaires, domaine de prédilection de la contrainte économique et à un système punitif dont les sanctions particulières sont illégitimes et en raison desquelles l'identité juridique française se trouverait atteinte, et cela au prix d'une certaine cohérence et efficacité, une solution alternative peut être pensée.

1726. Une solution intermédiaire est envisageable entre la nullité, la sanction légitime de la contrainte économique et le rééquilibrage du contrat, sanction majoritairement retenue par les projets de réforme en droit européen en raison de l'efficacité économique qu'elle engendre.

L'exploitation abusive est un comportement vil, bas, mauvais qui fait appel aux plus bas instincts de l'Homme. Aussi, il est impossible d'envisager une quelconque exemption ou exonération pour l'auteur de la contrainte économique.

Toutefois, un système punitif proposant la nullité et la renégociation sous certaines conditions seulement est envisageable. Il s'agit d'un système punitif alliant légitimité et opportunité et pouvant répondre aux besoins de flexibilité et de malléabilité nécessaires à la lutte contre la contrainte économique.

1727. Afin de rendre la réception de la contrainte économique adaptée aux caractéristiques de la contrainte économique et afin de pallier l'incohérence de finalité dans laquelle s'inscrivent les conditions et sanctions particulières qui entraînent des effets inopportuns quant au traitement de la contrainte économique expliquant ainsi l'échec de la lutte contre la contrainte économique, il est indispensable d'opérer des aménagements de la réception des abus de déséquilibre structurel dans le droit positif.

TITRE II. DES REMÈDES RECOMMANDÉS POUR UN TRAITEMENT EFFICACE ET COHÉRENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1728. A l'issue de l'étude du traitement de la contrainte économique, le constat est dressé. La lutte contre la contrainte économique souffre d'un traitement actuel qui est non seulement incohérent mais également inefficace. Par ailleurs, le droit progressif échoue à se présenter comme une source d'espoir sur la question de la réception des abus de déséquilibre structurel car il réitère les mêmes erreurs et les mêmes insuffisances que le droit positif.

1729. Ainsi, le traitement de la contrainte économique est un échec. C'est un échec sur le plan de la théorie en raison de l'absence de régime commun et de notion propre à la contrainte économique. C'est également un échec sur le terrain de la pratique en raison, d'une part, du choix portant sur une réception indirecte de la contrainte économique c'est-à-dire à travers différentes notions ; et d'autre part, en raison du choix de conditions et de sanctions incohérentes et inefficaces.

Le droit substantiel n'est pas le seul à être concerné. Le droit processuel est également un échec. Effectivement, l'accès en justice et l'action en justice doivent être réformées.

1730. Une fois les maux affectant la réception de la contrainte économique identifiés, il faut établir une prescription pour soigner le traitement de la contrainte économique afin de le rendre efficace et cohérent.

1731. Il faut souligner que la lutte contre la contrainte économique s'inscrit dans un schéma plus vaste dont le but est la sanction des abus de déséquilibre structurel. Effectivement, la réception de la contrainte économique doit être pensée de manière directe et indirecte c'est-à-dire en amont et en aval. Dès lors, il est impératif de jouer sur tous les leviers existants pour améliorer la qualité de la réception de la contrainte économique et protéger au mieux l'intégrité du consentement de la victime.

1732. Aussi, s'agissant de la réception indirecte et en amont de la contrainte économique, il convient d'appliquer des remèdes structurels au traitement des abus de déséquilibre structurel. Il s'agit d'un contrôle *ex-ante* de la contrainte économique c'est-à-dire la mise en place de mesures préventives. Ces mesures consistent à limiter les causes et toutes les opportunités aboutissant ou pouvant aboutir à une situation de contrainte économique. Autrement dit, il s'agit de limiter un déséquilibre de force économique. Ce sont les régimes encadrant une situation pouvant aboutir à une situation de contrainte économique. En pratique, il faut continuer à surveiller la concentration de la grande distribution tout en protégeant les PME et les TPE.

1733. Au niveau de la réception directe, il faut appliquer des remèdes comportementaux. Il s'agit de mesures curatives qui s'inscrivent dans le cadre d'un traitement *ex-post* de la contrainte économique. Elles consistent à corriger les situations de contrainte économique *stricto sensu*. C'est le cas où la contrainte économique a déjà eu lieu et il faut la sanctionner c'est-à-dire : punir le comportement de l'auteur de la contrainte économique, protéger le consentement affecté de la victime, réparer le préjudice subi et dissuader l'auteur de toute récidive. Actuellement, le Droit sanctionne la contrainte économique de manière indirecte c'est-à-dire au titre d'autres notions que celle de la contrainte économique.

Il faut traiter les situations de contrainte économique directement c'est-à-dire au titre d'un régime unique de responsabilité propre et ce, au sein du droit civil adapté aux caractéristiques et aux particularités de la contrainte économique au titre d'une régime.

1734. S'agissant de la réception indirecte et en aval de la contrainte économique, il s'agit des régimes qui encadrent et sanctionnent les conséquences de la contrainte économique c'est le cas typique du déséquilibre contractuel.

Le législateur continue de déployer et de renforcer l'arsenal juridique autour de la lutte contre la contrainte économique. A défaut d'avoir pu empêcher la situation de contrainte économique elle-même, le législateur tente de corriger les conséquences d'une situation de contrainte économique. Lorsque limiter les situations de contrainte économique n'a pas suffi et qu'une situation de contrainte économique a eu lieu, le traitement direct de la contrainte économique étant désastreux, le législateur a mis en place un arsenal de régimes afin de prendre en compte la contrainte économique de manière indirecte et en amont c'est-à-dire de prendre en compte les conséquences de la contrainte économique (déséquilibre contractuel).

Ainsi, le législateur a fait le choix de remplacer le régime relatif à l'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrencer par le régime relatif à l'abus de déséquilibre significatif. Face à l'échec de la réception de la contrainte économique, il contourne le problème et à défaut de pouvoir sanctionner la situation de contrainte économique elle-même de manière directe, il décide de sanctionner les conséquences d'une situation de contrainte économique. C'est un véritable aveu de faiblesse de la part du législateur. Ce régime a pour but premier de lutter contre la contrainte économique en paralysant ses effets.

1735. Ainsi, la réception de la contrainte économique s'envisage comme un tout complexe articulé autour de plusieurs stades de traitement de la contrainte économique. Aussi, il est donc essentiel de jouer sur tous ces leviers et d'améliorer tous les stades de la réception de la contrainte économique. Pour ce faire, les remèdes pour un traitement de la contrainte économique cohérent et efficace doivent être de deux ordres. Pour réformer et améliorer en profondeur la réception de la contrainte économique des remèdes sont à administrer au droit substantiel (Chapitre I) comme des remèdes sont à appliquer au droit processuel (Chapitre II).

CHAPITRE I. LES REMÈDES À PRESCRIRE AU DROIT SUBSTANTIEL

1736. Une réforme en profondeur du traitement de la contrainte économique ne se fera qu'en améliorant aussi bien le droit substantiel des abus de déséquilibre structurel que le droit processuel régissant le traitement de la contrainte économique.

Les remèdes devant être administrés au droit substantiel sont de deux ordres. Il faut jouer aussi bien sur les leviers structurels que comportementaux.

Les remèdes structurels sont des mesures préventives (Section I). Elles consistent en un contrôle *ex-ante* de la contrainte économique. C'est le cas où la situation de contrainte économique n'a pas encore eu lieu c'est-à-dire en amont de tout abus de déséquilibre structurel. Il s'agit donc de limiter autant que faire se peut la réalisation d'une situation de contrainte économique. Pour ce faire, il s'agit de « filtrer » toute situation pouvant aboutir à une situation de contrainte économique. Autrement dit, il faut limiter les causes des abus de déséquilibre structurel c'est-à-dire le déséquilibre de force économique et de négociation des parties au contrat.

1737. Il est impératif, pour assainir en profondeur le traitement actuel de la contrainte économique, d'accompagner ces remèdes structurels de remèdes comportementaux (Section II). Contrairement aux remèdes structurels, les remèdes comportementaux consistent en des mesures curatives c'est-à-dire un traitement *ex-post* de la contrainte économique. C'est le cas où la situation de contrainte économique a déjà eu lieu, l'abus d'un déséquilibre structurel s'est donc produit. La question qui repose est alors de savoir comment traiter cette situation de contrainte économique.

SECTION I. LES REMÈDES STRUCTURELS : DES MESURES PRÉVENTIVES LIMITANT LES CAUSES DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1738. Les remèdes structurels consistent en un traitement indirect et en amont de la contrainte économique. Ils visent à éviter que le déséquilibre structurel caractérisant la relation entre les parties au contrat ne puisse aboutir à un abus de déséquilibre structurel.

1739. Effectivement, il s'agit de traiter des situations pouvant aboutir à une situation de contrainte économique. Afin d'appréhender au mieux les situations de contrainte économique, il convient de renforcer les mécanismes *a priori* qui empêcheront au maximum la survenance d'un abus de déséquilibre structurel en limitant les structures pouvant aboutir à une exploitation abusive d'un déséquilibre structurel. Il faut pour cela limiter les situations de déséquilibre structurel ou du moins mieux les contrôler.

1740. Or, afin de prévenir les déséquilibres structurels, il faut réguler les forces économiques des parties au contrat. Pour ce faire, il convient d'intervenir à la source même de ces déséquilibres et de réduire le niveau de concentration de la grande distribution tout en renforçant la protection des PME et TPE victimes de la contrainte économique (Paragraphe I). L'Autorité de la concurrence va même plus loin et plaide pour un contrôle de l'impact cumulatif des accords de regroupements à l'achat. Les fournisseurs étant des cibles faciles et récurrentes des abus de déséquilibre structurel, contrôler l'impact cumulatif des accords de regroupements à l'achat permettra d'accroître l'efficacité de la lutte contre la contrainte économique (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. L'INDISPENSABLE CONTRÔLE DU NIVEAU DE CONCENTRATION DE LA GRANDE DISTRIBUTION

1741. Dans les années 70, il y a un renversement du rapport de force entre producteurs et distributeurs. La distribution se groupe en centrale d'achat. Les producteurs se trouvent, dès lors, dans une situation de dépendance économique croissante face à la grande distribution¹⁴⁴⁴.

Nombreuses sont les situations de contrainte économique dans le domaine de la grande distribution. En effet, les super-centrales d'achat disposent d'une très grande puissance économique dont elles abusent dans leur relation avec les fournisseurs et notamment les PME.

De plus, face à l'incapacité des moyens traditionnels du droit de la concurrence à prendre en compte ces abus¹⁴⁴⁵ ainsi que les nouveaux comportements toujours plus ingénieux de la grande distribution et après avoir tenté plusieurs fois de modifier, de manière ponctuelle, le régime actuel, afin de l'adapter aux évolutions économiques, il semble primordial de chercher à résoudre le problème depuis la source. Il faut, ainsi, agir sur le niveau de concentration de la grande distribution.

1742. Il est impératif de limiter au maximum la concentration de la grande distribution. Cela permettra d'appréhender les situations de déséquilibre structurel, de prévenir et donc de limiter les situations de contrainte économique. La contrainte économique étant un abus de déséquilibre structurel, il faut limiter les déséquilibres structurels qui sont à l'origine de ces abus¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴⁴ L. VOGEL, *Droit des ententes et abus de domination*, coll. JuriBases, LawLex, Paris, 2009, p. 153.

¹⁴⁴⁵ L. VOGEL, « Droit de la concurrence et puissance d'achat : plaider pour un changement », *JCP E*, 11 décembre 1997, n° 50, p. 713.

¹⁴⁴⁶ 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*, 31 juillet 2008, n° 31.

D'ailleurs, le rapport CANIVET proposait d'agir sur cette concentration¹⁴⁴⁷. Il proposait de limiter le niveau de concentration de la grande distribution. Cette réforme se ferait en réaménageant le contrôle des concentrations et en réexaminant la législation relative à l'urbanisme commercial.

La loi LME du 4 août 2008 a rendu effective cette proposition en abaissant le niveau de concentration de 50 millions à 15 millions d'euros et en permettant, ainsi, à l'autorité de la concurrence de contrôler plus largement les opérations de concentrations. Cette réforme interdit donc un certain niveau de concentration jugé dangereux car il conférerait trop de puissance à ses détenant, qui ne pourraient pas s'empêcher d'en abuser.

La régulation des forces économiques doit conjuguer à la fois un contrôle du niveau de concentration de la grande distribution tout en assurant une protection renforcée des PME et des TPE afin de réguler et de corriger le déséquilibre des forces économiques autant que faire se peut.

1743. Il faut réguler les forces économiques en protégeant davantage les PME. Cette protection passe par la distinction entre petits et grands fournisseurs. En effet, ce sont les petits fournisseurs qui souffrent le plus de la contrainte économique et notamment de l'abus de dépendance économique. Pourtant, seuls les fournisseurs d'une certaine importance peuvent satisfaire la condition relative à l'atteinte à la concurrence.

Ainsi, il y a une incohérence entre la réalité économique et les textes juridiques. Cette nécessité a été relevée aussi bien par la doctrine que par le rapport CANIVET¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴⁷ (Dir.) G. CANIVET, *Restaurer la concurrence par les prix - Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce* (dit rapport CANIVET relatif aux relations entre l'industrie et le commerce), Rapport au ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, coll. Collection des rapports officiels, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, Paris, 2004, p.113 et s.

¹⁴⁴⁸ (Dir.) G. CANIVET, *Restaurer la concurrence par les prix - Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce* (dit rapport CANIVET relatif aux relations entre l'industrie et le commerce), Rapport au ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, coll. Collection des rapports officiels, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, Paris, 2004 ; S. REITERER, « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », *D.*, 2003, chron. p. 1210.

1744. Il faudra que le législateur prenne en compte cette différence de taille et de « poids » économique, lors de l'établissement d'un régime visant à sanctionner les abus, afin de protéger plus efficacement les petits fournisseurs. Cette distinction entre grands et petits fournisseurs permettrait de rationaliser tout le traitement de la contrainte économique.

1745. Cette distinction peut intervenir à différents stades. Le Professeur Martine BEHAR-TOUCHAIS¹⁴⁴⁹, propose la création de différentes amendes civiles avec des plafonds différents qui prendraient en compte la capacité financière des PME et de la grande distribution. Ce qui viserait à rendre la répression plus efficace. En effet, deux millions d'euros est une très grosse somme pour des PME. Au contraire, c'est une somme insignifiante pour la grande distribution dont le chiffre d'affaires annuel s'élève à plusieurs centaines de millions d'euros.

Ainsi, le Professeur Martine BEHAR-TOUCHAIS propose soit l'établissement d'amendes avec des plafonds différents, soit la suppression d'amendes civiles pour certains comportements de l'article L.442-6 du Code de commerce dès lors que l'auteur est une PME.

1746. Par ailleurs, dans le but de limiter les déséquilibres des forces économiques, l'Autorité de la concurrence porte une attention toute particulière aux accords de regroupements à l'achat comme le relais du contrôle à la concentration de la grande distribution.

¹⁴⁴⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « A la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », *RLC*, 2005.

PARAGRAPHE II. LE NÉCESSAIRE CONTRÔLE DE L'IMPACT CUMULATIF DES ACCORDS DE REGROUPEMENTS À L'ACHAT

1747. Afin d'assainir le pouvoir de négociation c'est-à-dire les forces de négociation entre les distributeurs et les fournisseurs, l'Autorité de la concurrence souhaite aller plus loin dans le contrôle de la concentration *stricto sensu*. Effectivement, l'Autorité de la concurrence propose dans son avis du 31 mars 2015¹⁴⁵⁰ de prendre en compte l'impact cumulatif des accords de regroupement à l'achat sur le pouvoir de négociation entre distributeurs et fournisseurs. Effectivement, il semblerait que « *les accords de coopération à l'achat sont susceptibles de faciliter une coordination des comportements des distributeurs en raison des risques d'échanges d'informations sensibles qu'ils induisent (telles que les informations relatives aux prix triple net, aux volumes des ventes et aux plans d'affaires), mais aussi de l'augmentation de la symétrie de leurs coûts* »¹⁴⁵¹.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence juge nécessaire de prendre en compte l'impact cumulatif des accords de regroupements à l'achat sur les pouvoirs de négociation entre distributeurs et fournisseurs et ce, « *en tenant compte du caractère ou non exclusif des accords en cause* »¹⁴⁵².

Le pouvoir de négociation du fournisseur est proportionnel au nombre de points de négociation dont il dispose. Ainsi, « *plus le nombre de « points de négociation » est réduit pour un fournisseur* »¹⁴⁵³, plus son pouvoir de négociation est réduit.

1748. Pour ce faire, elle propose de mettre en place une obligation de notification préalable de certains accords de regroupement à l'achat. Elle souhaite rendre obligatoire la communication des accords les plus importants en amont de leur mise en oeuvre. Il faudra alors définir et convenir d'un seuil de notification. Mais il serait défini « *sur la*

¹⁴⁵⁰ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, *BOCCRF*, 1 avril 2015.

¹⁴⁵¹ C. PECNARD, G. ROBIC, « L'autorité de la concurrence veut s'inviter dans les négociations commerciales », *AJDA*, juin 2015, p. 269, p. 269.

¹⁴⁵² Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *op. cit.*, p. 81, §270.

¹⁴⁵³ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 81, §270.

base du poids économique individuel des parties à l'accord, à travers leur chiffre d'affaires mondial, ainsi que sur la base du poids économique de l'accord, à travers le chiffre d'affaires réalisé à l'achat dans le cadre de l'accord »¹⁴⁵⁴.

1749. Cette proposition a été retenue dans le projet de loi de la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (art. 10 quater) et dans la version adoptée de la loi¹⁴⁵⁵, proposition codifiée dans un nouvel article L.462-10 du Code de commerce¹⁴⁵⁶ prévoit que pour être soumis à cette obligation de notification, un double seuil de chiffre d'affaires fixé par le Conseil d'Etat doit être atteint.

1750. Le décret du 14 décembre 2015 relatif aux seuils de chiffres d'affaires fixés pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords d'achats groupés¹⁴⁵⁷ prévoit que l'obligation préalable auprès de l'Autorité de la concurrence doit être respectée dès lors que « *le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à de tels accords est supérieur à 10 milliards d'euros* »¹⁴⁵⁸ et « *le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé à l'achat en France dans le cadre de ces accords par l'ensemble des entreprises*

¹⁴⁵⁴ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 86, §291.

¹⁴⁵⁵ Art. 37 de loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi MACRON), *JORF*, 7 août 2015, n° 181, p. 13537.

¹⁴⁵⁶ Art. L.462-10 du C. com. : « *Doit être communiqué à l'Autorité de la concurrence, à titre d'information, au moins deux mois avant sa mise en œuvre, tout accord entre des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs. Le premier alinéa s'applique lorsque le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à l'accord et le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé à l'achat en France dans le cadre de l'accord par l'ensemble des parties à l'accord excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat* ».

¹⁴⁵⁷ Décret n° 2015-1671 du 14 décembre 2015 relatif aux seuils de chiffres d'affaires fixés pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords d'achats groupés, *JORF*, 16 décembre 2015, p. 23166.

¹⁴⁵⁸ Art. 1 du décret n° 2015-1671 du 14 décembre 2015 relatif aux seuils de chiffres d'affaires fixés pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords d'achats groupés, *JORF*, 16 décembre 2015, p. 23166 codifié à l'art. R.462-5, I, a du C. com.

ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à de tels accords est supérieur à 3 milliards d'euros »¹⁴⁵⁹. Il faut rappeler qu'il s'agit de seuils cumulatifs.

1751. Bien que le contrôle des accords de regroupement à l'achat ne soit pas à proprement parlé relatif au contrôle des structures car ils ne relèvent ni pas vraiment de la structure ni uniquement du comportement, il n'en demeure pas moins un comportement dont les effets auront un impact sur la structure des parties et donc leur force de négociation.

Ainsi, le contrôle des accords de regroupement à l'achat dans l'optique de prendre en compte leur impact cumulatif sur le pouvoir de négociation entre distributeurs et fournisseurs fait en quelque sorte le lien entre le contrôle des structures et celui des comportements des parties et s'inscrit dans un schéma plus large de limiter des situations qui aboutiraient à des situations de contrainte économique. Ce contrôle se comprend comme prenant le relais du contrôle des structures et comme anticipant et annonçant le contrôle des comportements. Le contrôle des accords de regroupement à l'achat semble être à mi-chemin entre le contrôle des structures et le contrôle des comportements.

1752. Aux côtés des remèdes structureux, il faut administrer des remèdes comportementaux au traitement actuel de la contrainte économique. Or, après avoir joué sur les structures par le contrôle des situations pouvant aboutir à des abus de déséquilibre structurel en régulant les déséquilibres structurels, c'est-à-dire les forces économiques des parties, il faut sanctionner les comportements quand la contrainte économique a eu lieu.

¹⁴⁵⁹ Art. 1 du décret n° 2015-1671 du 14 décembre 2015, *op. cit.*

SECTION II. LES REMÈDES COMPORTEMENTAUX : DES MESURES CURATIVES TRAITANT UNE SITUATION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1753. Les remèdes comportementaux consistent en un traitement direct de la contrainte économique. Ils visent à sanctionner un abus de déséquilibre structurel ayant eu lieu entre les parties au contrat dont la relation est entachée de contrainte économique.

1754. Ainsi, il s'agit de traiter et de sanctionner correctement et efficacement une situation de contrainte économique qui a déjà eu lieu. Afin d'assurer une meilleure protection contre les abus de déséquilibre structurel, il convient d'aménager les mécanismes *a posteriori* permettant de sanctionner directement une situation de contrainte économique. Il faut donc modifier le droit substantiel du traitement des abus de déséquilibre structurel.

1755. Effectivement, il convient de renforcer les mécanismes de traitement d'une situation de contrainte économique afin de rendre la réception de la contrainte économique plus cohérente et plus efficace afin que l'exploitation abusive de déséquilibre structurel, soit sanctionnée de manière suffisamment dissuasive pour empêcher toute récurrence de l'auteur tout en assurant une protection et une indemnisation suffisante à la victime.

1756. Or, pour sanctionner une exploitation abusive d'un déséquilibre structurel de la manière la plus cohérente, la plus efficace et la plus adaptée qu'il soit, il faut plaider, eu égard aux enseignements tirés par l'étude du traitement de la contrainte économique au sein du droit positif et au sein du droit progressif, pour une réception des abus de déséquilibre structurel au titre du droit civil et donc rejeter son traitement au titre des

droits spéciaux qui freinent le traitement de la contrainte économique (Paragraphe I). Plus précisément, il faut plaider pour un recours à un régime de responsabilité propre à la contrainte économique (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. UN PLAIDOYER POUR LE TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE AU TITRE DU DROIT CIVIL

1757. Il ressort des études du traitement de la contrainte économique par le droit positif et par le droit progressif que la réception de la contrainte économique est plus que perfectible. En effet, le traitement des abus de déséquilibre structurel souffre de plusieurs maux et notamment d'un choix de conditions et de sanctions désastreux.

1758. En effet, le traitement de la contrainte économique s'articule autour de conditions et de sanctions propres aux droits spéciaux au titre desquels les régimes sont envisagés c'est-à-dire des conditions et des sanctions portant en leur sein le particularisme de ces droits spéciaux. Un particularisme qui d'ailleurs est diamétralement opposé à la finalité poursuivie par la lutte contre la contrainte économique. Ce particularisme est animé d'une logique différente de celle qui anime la lutte contre la contrainte économique. En effet, ces conditions particulières ont pour effet de freiner grandement le traitement de la contrainte économique et les sanctions particulières ont pour effet de sanctionner inefficacement les abus de déséquilibre structurel.

1759. Aussi, la réception de la contrainte économique au titre des droits spéciaux est à rejeter. Le traitement actuel de la contrainte économique repose essentiellement sur les droits spéciaux. Or, il s'agit de régimes incohérents, inefficaces et inadaptés aux

caractéristiques de la contrainte économique. Donc, il faut opter pour une réception différente de la contrainte économique. Aussi, plusieurs propositions ont été présentées.

1760. Certaines sont à exclure (A) car elles consistent à reprendre et à réitérer les erreurs passées comme confier la réception de la contrainte économique aux droits spéciaux ou elles limitent la prise en compte de la contrainte économique au stade de la formation. Il faut prendre le contrepied du traitement actuel de la contrainte économique en tenant compte des enseignements tirés des erreurs actuelles afin de retenir des propositions (B) préférant une réception de la contrainte économique relativement différente de celle qui est mise en place par le Droit au titre, notamment, du droit civil.

A. LES PROPOSITIONS EXCLUES

1761. Afin d'améliorer le traitement de la contrainte économique, certains ont proposé des aménagements qui sont à écarter car ils ont un effet néfaste sur la réception de la contrainte économique.

1762. Ainsi, pour préserver une réception efficace de la contrainte économique, il faut écarter le recours aux codes de bonnes pratiques (1) qui s'avèrent bien trop cléments et optimistes si ce n'est naïfs. En effet, il ne faut pas oublier que la contrainte économique est une faute lucrative qui doit trouver face à elle une répression grandement dissuasive. Ainsi, le recours à des codes de bonnes pratiques pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel ne présente aucun intérêt.

1763. De même, la réception de la contrainte économique au titre des droits spéciaux est à écarter de manière non équivoque (2). Nombreuses sont les plumes de la doctrine à

prôner et à se complaire dans une spécialisation voire une « *sur-spécialisation* »¹⁴⁶⁰ du Droit. Toutefois, la multiplication des abus de déséquilibre structurel dans de nombreuses branches du Droit n'oblige pas forcément à avoir recours à une spécialisation du droit des abus de déséquilibre structurel. Bien au contraire, la menace de la contrainte économique commune à toutes les branches du Droit ainsi que les caractéristiques de la contrainte économique font d'elle une notion contextuelle, malléable, indifférente à la qualité des parties et les enseignements tirés de l'étude du traitement de la contrainte économique par le droit positif et par le droit progressif qui place en première place des maux affectant principalement la réception de la contrainte économique l'impact désastreux du particularisme des droits spéciaux sur la cohérence et l'efficacité du traitement de la contrainte économique, imposent une réception de la contrainte économique au titre du droit civil.

1764. Enfin, il faut refuser que la contrainte économique soit traitée au titre d'un vice du consentement (3). Face à l'échec des droits spéciaux pour saisir la contrainte économique, le droit civil présente des avantages manifestes qui ne peuvent être ignorés. Il s'impose comme étant le droit naturel pouvant connaître de la contrainte économique. Toutefois, le recours au droit civil doit être minutieusement établi. Plusieurs aménagements sont à prévoir et plusieurs hypothèses sont à invalidées notamment celle de la réception de la contrainte économique au titre d'un vice du consentement. Un tel choix aurait pour effet de restreindre le traitement de la contrainte économique au stade de la formation et donc de réduire considérablement le champ d'application de la lutte contre la contrainte économique. Aussi, il faut rejeter toute réception de la contrainte économique qui se limiterait au stade de la formation ou à un autre stade de manière exclusive. Il faut préférer une réception globalisée de toutes les situations de contrainte économique à tous les stades du rapport contractuel. Par conséquent, il faut rejeter la réception de la contrainte économique au sein du droit civil au titre du vice du consentement.

¹⁴⁶⁰ S. LE GAC-PECH, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.*, 2014, p. 581.

1. LE REJET DU TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LES CODES DE BONNES PRATIQUES

1765. Certains¹⁴⁶¹ ont avancé l'idée d'une autorégulation des professionnels à travers la mise en place de code de bonnes conduites qui seraient établis par le professionnel lui-même.

Cette proposition n'est pas satisfaisante et elle est à écarter.

1766. D'une part, il est juridiquement et moralement choquant de permettre à ces professionnels d'édicter les règles qui s'imposeraient à eux-mêmes. D'autre part, ces codes n'ont aucune valeur contraignante, et par conséquent, ils n'auront aucune efficacité dans la réception de la contrainte économique.

Il semble bien utopique de penser que les mêmes professionnels qui cherchent à tirer profit des personnes les plus vulnérables, puissent s'auto-réguler et s'auto-contrôler. Le maître mot n'est ni le « self-control », ni l'optimisme, il convient, ici, d'être le plus pessimiste possible afin d'imaginer les situations les plus révoltantes et donc proposer les solutions les plus efficaces.

Cette proposition est donc à rejeter fermement.

1767. D'autres proposent que les abus de faiblesse soient pris en compte à travers un droit de l'activité professionnelle et ce, au titre du droit civil¹⁴⁶². Il faut rejeter également cette proposition. Il n'est pas nécessaire d'avoir recours à un droit de l'activité professionnelle. Cette proposition présente l'inconvénient d'exclure de son domaine d'application toutes les situations de contrainte économique n'incluant pas un professionnel, par exemple le cas d'une violence économique commise entre particulier. Par ailleurs, il s'agit,

¹⁴⁶¹ D. FERRIER, « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », in *Etudes du Droit de la consommation*, liber amécorum J. CALAIS-AUBY, Dalloz, Paris, 2004, p. 373 et p. 384.

¹⁴⁶² D. FERRIER, *op. cit.*

finalement, d'une nouvelle spécialisation du Droit. Une spécialisation qui n'a pas lieu d'être pour le traitement de la contrainte économique.

1768. De même, il est nécessaire eu égard les enseignements tirés de l'étude de la réception actuelle de la contrainte économique par le droit positif et par le droit progressif de rejeter tout traitement des abus de déséquilibre structurel au titre des droits spéciaux.

2. LE REJET DU TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE AU TITRE DES DROITS SPÉCIAUX

1769. La contrainte économique est traitée, dans le droit positif, essentiellement au sein des droits spéciaux : le droit de la concurrence, le droit de la consommation, le droit pénal.

1770. Nombreuses plumes de la doctrine encouragent le traitement de la contrainte économique au titre des droits spéciaux pensant qu'eux seuls peuvent connaître efficacement et de manière cohérente la contrainte économique, que les droits spéciaux dont le droit de la consommation et le droit de la concurrence sont plus à même de traiter les situations de contrainte économique en fonction de la qualité particulière des parties (relation B to C, relation B to B) refusant et craignant que le droit civil ne se transforme en droit des contractants vulnérables voire même en droit des vulnérables ou incapables. Pour le Professeur Olivier TOURNAFOND, les droits spéciaux « *se démarquent du droit commun des obligations qui doit rester inspiré par la théorie libérale et individualiste de l'autonomie de la volonté. [...] Faire du Code civil un énième code de protection dénote une incompréhension complète de notre système juridique* »¹⁴⁶³.

¹⁴⁶³ O. TOURNAFOND, « Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats commentaire raisonné et critique », *Dr. et prati.*, 2014, n° 241.

Cependant, le traitement de la contrainte économique au titre des droits spéciaux n'est qu'un choix malheureux qu'il convient d'écarter.

Cette réception de la contrainte économique a montré ses limites à plusieurs égards.

1771. Effectivement, l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique traités au titre de l'article L.420-2 du Code de commerce sont des régimes peu convaincants. Cet échec s'explique par le fait que les pratiques anticoncurrentielles ont pour finalité la protection de la concurrence. Elles obéissent à une logique concurrentielle.

Or, l'objectif premier mais quelque peu oublié de ces régimes est de protéger le consentement de la partie qui se voit obligé de contracter avec un partenaire. Ces régimes répondent à une logique purement contractuelle.

D'ailleurs, notons que les pratiques restrictives de concurrence dont la finalité est la protection du partenaire économique obéissent à une logique contractuelle¹⁴⁶⁴.

En raison de la différence de logique et donc de finalité, le régime de l'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence est plus opportun et légitime que celui au titre des pratiques anticoncurrentielles.

Pour les raisons relatives à l'inadéquation, l'incohérence et à l'inefficacité le recours aux droits spéciaux pour connaître de la contrainte économique n'est pas recommandé.

1772. Il en ait de même pour l'abus de faiblesse le rapport COULON relatif à la dépénalisation des affaires proposa de fusionner les deux textes en un seul¹⁴⁶⁵. Il proposa que l'abus de faiblesse soit sanctionné au titre du droit pénal car le champ d'application

¹⁴⁶⁴ Dans le même sens, concernant la différence de logique : A.-S. CHONE, *Les abus de domination*, *Economica*, 2010, p. 52 et s. ; Crim., n° 03-10328, 16 mai 2006, *RLC*, 2008, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS, « De l'influence du droit des pratiques restrictives sur le droit commun des contrats » ; D. MAINGUY, « La lettre et l'esprit du nouvel article L.442-6 du code de commerce », *JCP E*, 28 novembre 2002, n° 48, p. 1729.

¹⁴⁶⁵ (Dir.) J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires* (dit Rapport COULON), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, coll. Collection des rapports officiels, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, Paris, 2008.

du droit pénal est plus large et que les poursuites sont plus fréquentes sur le fondement du droit pénal¹⁴⁶⁶.

Le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale permet, certes, de garantir un certain niveau de sécurité juridique mais en contrepartie, il manque de souplesse pour s'adapter aux différentes situations. D'ailleurs, ce régime ne traite que de cas particuliers, il ne s'agit que de situations limitées de la contrainte économique (seule la faiblesse psychique ou intrinsèque est envisagée). Cela est préjudiciable au traitement même de la contrainte économique. Ainsi, bien que le recours à un régime unique pour sanctionner la contrainte économique ne semble pas être une mauvaise solution en soit, le recours exclusif au droit pénal pour sanctionner les abus de faiblesse n'est pas recommandé.

1773. Enfin, d'autres souhaitent que l'abus de faiblesse soit sanctionné au titre du droit de la consommation. Selon eux, le droit de la consommation permettrait une protection plus accrue que le droit civil à cause du manque de souplesse des mécanismes du droit civil qui peinent à prendre, correctement, en compte les relations consommateur/professionnel et en raison du fait que seuls les abus les plus criants sont sanctionnés par les mécanismes du droit civil¹⁴⁶⁷. Le Professeur Guy RAYMOND déclare que : « *la relation consommateur/professionnel est trop spécifique pour se satisfaire d'un droit commun des contrats, intégré dans le Code civil ou dispatché entre plusieurs codes* »¹⁴⁶⁸.

A ce titre, ils mettent en lumière les différents garde-fous établis par le droit consumériste qui permettent de protéger le consentement du consommateur (le délai de rétraction, le

¹⁴⁶⁶ A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 2^{ème} éd., coll. Manuels, LexisNexis, Paris, 2010, p. 631 et s.

¹⁴⁶⁷ A. BRUDER, « Le retrait du projet de la loi définissant la notion de ventes agressives : la fin d'un nouveau souffle pour la notion de violence économique ? », *RLDC*, 2007 ; R. OTTENHOF, « Abus faiblesse. Article 313-4 du code pénal et articles L.122-8 et 10 du code de la consommation », *RSC*, 2000, p. 614.

¹⁴⁶⁸ G. RAYMOND, « Mission impossible ? », *CCC*, mars 2015, n° 3.

délai de réflexion, la réglementation relative aux ventes avec primes, aux ventes à la boule de neige, et aux loteries publicitaires)¹⁴⁶⁹.

Face à l'incapacité du droit civil, selon ces auteurs le droit de la consommation serait le seul à pouvoir protéger les consommateurs de manière efficace rappelant que le droit de la consommation « *ne se contente pas d'un traitement curatif des vices du consentement* »¹⁴⁷⁰ contrairement au droit civil, il intervient en amont pour prévenir toutes pratiques commerciales interdites ou abusives. Par ailleurs, ces auteurs rappellent que contrairement au droit civil, la protection des pratiques commerciales ne « *se limite pas à la seule période de conclusion du contrat mais s'étend à sa phase d'exécution* »¹⁴⁷¹.

D'autant plus, que désormais le juge peut soulever d'office tous les manquements aux règles du Code de la consommation¹⁴⁷².

1774. Par ailleurs, les droits spéciaux répondent à des finalités et des logiques bien différentes et parfois mêmes contradictoires à celles de la lutte contre la contrainte économique. En effet, les droits spéciaux souffrent d'une « *sur-spécialisation* »¹⁴⁷³ entravant le traitement de la contrainte économique.

1775. En effet, les droits spéciaux poursuivent une finalité différente de celle de lutte contre la contrainte économique. Ils répondent à des logiques qui leur sont propres qui ne correspondent pas à la logique qui sous-tend le traitement de la contrainte économique.

¹⁴⁶⁹ R. OTTENHOF, « Abus faiblesse. Article 313-4 du code pénal et articles L.122-8 et 10 du code de la consommation », *RSC*, 2000, p. 614 ; R. OTTENHOF, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable », *RSC*, 1997, p. 110.

¹⁴⁷⁰ V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation/droit des contrats : le bilan 20 ans après », *L.P.A.*, 15 avril 2015, n° 75, p. 4.

¹⁴⁷¹ V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, *op. cit.*

¹⁴⁷² E. BAZIN, « L'exigence de loyauté dans les contrats de consommation », *RLDA*, 2008 ; P. GUILLERMIN, « Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », *AJ pénal*, 2008, p. 73.

¹⁴⁷³ S. LE GAC-PECH, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.*, 2014, p. 581.

En effet, la logique imposant la réception de la contrainte économique est le fruit d'une conciliation minutieuse entre la liberté contractuelle, la justice contractuelle et sécurité juridique entre le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel. La sanction des abus de déséquilibre structurel est impérative au nom du principe qui est l'échange de consentements libres et éclairés c'est-à-dire au nom de la protection de la liberté et de la volonté de l'Homme.

1776. Or, le droit de la consommation repose sur cette même logique de protection du consentement à la différence majeure et insurmontable, qu'il se limite uniquement à la protection du consentement des consommateurs excluant ainsi, toutes personnes ne satisfaisant pas cette qualité.

1777. Dans la même logique, le droit de la concurrence repose une logique concurrentielle. Toutefois il faut distinguer entre les pratiques anticoncurrentielles reposant sur une logique purement concurrentielle et les pratiques restrictives de concurrence reposant sur une logique contractuelle dont le but est d'assurer la protection du partenaire. D'ailleurs, le régime de l'abus de dépendance économique au sein des pratiques restrictives de concurrence était le régime le plus réussi des régimes sanctionnant la contrainte économique même s'il n'était pas parfait ! En effet, derrière la logique de protection du partenaire économique se cache la protection du consentement des partenaires qui se rapproche de la contrainte économique.

1778. Enfin, le droit pénal répond également à une logique toute différente. Il sanctionne plus la violation d'une règle sociale qu'un comportement ayant extorqué le consentement d'une partie.

1779. Aussi, l'incompatibilité de logiques et de finalité entre les droits spéciaux et le traitement de la contrainte économique est la cause principale de l'échec du traitement de la contrainte économique.

Le particularisme des droits spéciaux entrave le traitement de la contrainte économique. En effet, les régimes retenus font le choix de conditions et de sanctions propres à chaque droit car portant en elles le particularisme de ces droits spéciaux. Toutefois, ces conditions et sanctions ne répondent en rien à la logique poursuivie par la lutte contre la contrainte économique. Aussi, elles s'avèrent être illégitimes, inopportunes, incohérentes et inefficaces au traitement de la contrainte économique.

1780. La réception de la contrainte économique au titre des régimes des droits spéciaux doit donc être écartée. Effectivement, le droit civil s'impose comme le droit naturel pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel. Toutefois, afin d'assurer une réception efficace de la contrainte économique, il convient de rejeter tout traitement reposant sur un vice du consentement comme cela a pu être proposé par certaines plumes de la doctrine.

3. LE REJET DU TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT CIVIL AU TITRE D'UN VICE DU CONSENTEMENT

1781. La contrainte économique peut avoir lieu au moment de la formation du contrat, de l'exécution du contrat ou de la rupture du contrat.

Aussi, la réception des situations de contrainte économique par un vice du consentement méconnaît une caractéristique essentielle de la contrainte économique et limite grandement, par conséquent, les abus de déséquilibre structurel pouvant être sanctionnés au titre de ce régime. Seules les situations de contrainte économique ayant lieu durant lors

de la formation du contrat seront concernées alors que les autres situations de contrainte économique ne seront pas inquiétées alors même qu'il s'agirait de contrainte économique. Ce qui porte atteinte à l'efficacité de la réception de la contrainte économique par le Droit et participe à encourager de tels comportements car ils ne seront jamais sanctionnés.

Ainsi, il est important de traiter la contrainte économique par un régime qui ne soit pas un vice du consentement mais qui, au contraire, permet de saisir les situations de la contrainte économique à tous les stades du lien contractuel et même en dehors de tout lien contractuel.

C'est ainsi qu'il convient d'écarter le traitement de la contrainte économique au titre d'un vice de faiblesse et au titre de la violence économique car tous deux vices du consentement.

1782. Effectivement, la création d'un vice de faiblesse permettant l'annulation du contrat a été proposée¹⁴⁷⁴. Cette proposition est critiquable sur plusieurs points.

D'abord, l'une des conditions requises de ce vice est la preuve d'un déséquilibre contractuel. Cette condition n'a pas lieu d'être. Elle limite les abus pouvant être sanctionnés en se centrant directement sur les abus ayant comme conséquence un déséquilibre contractuel. Cela limite le champ d'application de la contrainte économique. Par ailleurs, cela contredit la logique du traitement de la contrainte économique. Le déséquilibre structurel et le déséquilibre contractuel sont deux choses différentes et la confusion, malheureusement bien trop fréquente chez les juristes, lorsqu'il s'agit de la contrainte économique, en dit long sur l'incompréhension des juristes quant à la notion de la contrainte économique et explique en partie l'inefficacité des traitements actuels.

1783. Ensuite, il n'est pas vraiment utile, sur un plan théorique et pratique, de saisir l'abus de faiblesse comme un vice de consentement.

¹⁴⁷⁴ C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Paris, 2002.

En effet, théoriquement, son régime et notamment la nullité qu'il entraîne l'apparente déjà fortement à un vice de consentement. En pratique, la caractérisation du vice de consentement entraîne la nullité de l'acte. Il n'y a pas de réelle amélioration entre le régime actuel de l'abus de faiblesse et celui proposé sous forme de vice du consentement. A la différence majeure qu'un vice de faiblesse aura pour effet pervers d'emprisonner l'abus de faiblesse, et notamment la contrainte économique au stade de la formation du contrat en niant, ainsi, le fait qu'il puisse être traité au stade de l'exécution ou au stade de la rupture du contrat.

Bien que l'idée d'un régime unique qui appréhende la contrainte économique et ce au titre du droit civil soit loin d'être une mauvaise idée, le recours à un vice du consentement pour traiter la contrainte économique comme le propose le Professeur Carole OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES n'est pas tout à fait satisfaisant.

Cependant cette tentative permet, une fois encore, de souligner le besoin pressant de saisir la contrainte économique de manière plus efficace, plus général par un régime unique et non plus par une multitude de textes législatifs éparpillés à travers les différentes branches du Droit.

1784. Par ailleurs, il faut également exclure la violence économique comme mécanisme pouvant retenir la contrainte économique.

Le régime de la violence économique présente quelques inconvénients qui dissuadent de traiter la contrainte économique à travers cette notion. La Cour de cassation laisse entendre dans ses arrêts du 30 mai 2000¹⁴⁷⁵ et du 3 avril 2002¹⁴⁷⁶ que la violence économique est un vice du consentement ce qui n'est pas profitable au traitement de la contrainte économique. Le législateur a consacré presque à l'identique le régime prétorien de la violence économique¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁵ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*.

¹⁴⁷⁶ Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, *Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas*.

¹⁴⁷⁷ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35 (art. 2) codifié à l'art. 1143 du C. civ.

En effet, les conditions sont difficiles à réunir et à prouver. Bien qu'il soit trop tôt pour établir des tendances générales issues d'une analyse de la jurisprudence de ce nouveau vice du consentement d'origine légale, il faut se tourner vers l'analyse de la pratique du régime prétorien de la violence économique. Or, la Cour de cassation fait une application restrictive ce qui montre sa volonté de limiter le recours à la violence économique.

1785. De plus, plusieurs aménagements sont à apporter aux sanctions prévues pour la violence économique.

Ainsi, il y a un doute important quant à l'efficacité de la réception de la contrainte économique au titre de la violence économique.

Au vu de l'échec du régime prétorien de la violence économique, il est probable que le régime légal n'ait qu'une faible efficacité. D'autant plus que le domaine d'application de la contrainte économique est particulièrement restreint en raison d'une part, de la nature de la violence économique qui envisagée comme un vice de consentement et donc qui se limite à sanctionner la contrainte économique ayant eu lieu lors de la conclusion du contrat ; et en raison d'autre part, du fait que le déséquilibre structurel n'est envisagé ici que par le biais de l'état de dépendance. Ainsi, le régime légal de la violence économique ne traite qu'une partie infime de la contrainte économique.

1786. De plus, il est réducteur pour la contrainte économique de considérer qu'elle ne s'exprime que par des pressions économiques.

1787. La violence économique est largement teintée du particularisme du vice traditionnel de violence. Ce particularisme tend à être un obstacle au traitement de la contrainte économique (conditions sévères, conditions à préciser, conditions apprécier de manière restrictive par les juges...).

1788. Ainsi, il est impératif d'avoir recours à un régime autonome, un régime libéré de la contrainte de l'héritage de la violence et du particularisme des droits spéciaux ; un régime respectueux de la finalité et de la logique de la lutte contre la contrainte économique qui est la protection du consentement vicié ; un régime universel pouvant s'appliquer à toutes situations de contrainte économique, à tous les stades du lien contractuel, et ce peu importe la qualité des parties. En effet, « *les situations de vulnérabilité contractuelle sont multiples et impossibles à enfermer dans un droit de castes où l'on s'emploie à dissocier* »¹⁴⁷⁸ les contractants en fonction de leur qualité.

1789. Ainsi, le droit civil semble présenter de nombreux avantages quant au traitement de la contrainte économique. Toutefois, il devra être adapté aux caractéristiques de la contrainte économique.

B. LES PROPOSITIONS RETENUES

1790. Afin d'améliorer le traitement de la contrainte économique et afin de tirer profit efficacement des leçons tirées de l'analyse du traitement de la contrainte économique au sein du droit positif et au sein du droit progressif, il faut préférer à la spécialisation du traitement des abus de déséquilibre structurel une généralisation du traitement de la contrainte économique.

¹⁴⁷⁸ S. LE GAC-PECH, « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », *L.P.A.*, 24 septembre 2015, n° 191, p. 4.

1791. Cette généralisation passe par le droit civil. Effectivement, le droit civil s'impose, face aux droits spéciaux, comme étant le seul droit légitime à connaître de la contrainte économique (1). Toutefois, il devra être aménagé pour s'adapter, de manière cohérente et efficace, aux caractéristiques et aux particularités de la contrainte économique (2).

1. UN RECOURS SOLLICITÉ AU DROIT CIVIL POUR LE TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1792. Le droit civil semble plus adapté que les droits spéciaux pour sanctionner la contrainte économique.

1793. D'abord, il convient de souligner qu'un nombre important de branches du Droit envisagent la contrainte économique sous différents régimes. Ce qui confère une valeur « universelle » à la notion de contrainte économique en ce sens que tous ces droits la reconnaissent. Ne serait-il pas plus logique alors de consacrer le traitement de la contrainte économique au titre du droit commun des contrats ?

Le Professeur Gérard CORNU disait du droit commun des contrats qu'il « *part, en tout matière, patrimoniale ou extra-patrimoniale, du faisceau des critères et du concert des valeurs qui, dans tous les ordres, se croisent, se relativisent et se modèrent mutuellement* »¹⁴⁷⁹.

1794. Ensuite et surtout, la finalité et la logique de la contrainte économique sont davantage adaptées à celle du droit civil qu'à celles des droits spéciaux.

¹⁴⁷⁹ G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, 2002, chron. 351.

En effet, le droit de la concurrence a pour finalité la protection du marché et de la concurrence. Le droit de la consommation a pour finalité la protection des consommateurs. Le droit pénal a pour finalité la protection de l'ordre public général et des règles sociales.

Tandis, que le droit civil se définit comme étant l'ensemble des règles qui couvre les rapports entre les personnes privées. Le terme provient du latin *jus civile* c'est-à-dire le droit des citoyens. Contrairement aux droits spéciaux, la finalité du droit civil est indépendante de la qualité des parties. Le droit civil s'adresse à tous sans distinction. Le droit civil est un droit d'équilibre, pareillement soucieux des intérêts en présence, sans être *a priori* favorable à l'une ou à l'autre partie¹⁴⁸⁰. En effet, comme le souligne le Professeur Pierre CATALA : « *la législation civile est particulièrement difficile à construire, car elle ne s'adresse ni aux professionnels, ni aux consommateurs, ni à une catégorie quelconque de personnes mais à la population toute entière* »¹⁴⁸¹. Il vise à protéger le lien contractuel entre les parties et à faire prospérer le contrat passé entre elles. Et pour ce faire, il protège l'intégrité du consentement des parties et particulièrement celui de certaines parties dans le rapport d'obligation¹⁴⁸².

1795. Enfin et d'ailleurs, alors même que le particularisme des droits spéciaux freine et limite la prise en compte des situations de contrainte économique, la neutralité du droit civil vis à vis de la qualité des justiciables permet d'immuniser les conditions et les sanctions des dispositions civiles d'un certain particularisme qui est inefficace et incohérent car il est illégitime et inopportun.

1796. Ainsi, il semble plus légitime que le traitement de la contrainte économique se fasse au titre du droit civil sous la théorie générale des obligations. Ses règles abstraites

¹⁴⁸⁰ (Dir.) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005.

¹⁴⁸¹ P. CATALA, « Au-delà du bicentenaire », *RDC*, 1 octobre 2004, n° 4, p. 1145.

¹⁴⁸² L. GRYNBAUM, « Un code, mais lequel ? », *RDC*, 1 avril 2008, n° 2, p. 579.

possèdent une grande faculté d'adaptation et de malléabilité aux caractéristiques de la contrainte économique.

Par la généralité de ses termes, il aurait l'avantage de pouvoir protéger indistinctement le consentement des plus vulnérables qu'ils soient producteurs ou distributeurs¹⁴⁸³, professionnels ou consommateurs, employeurs ou salariés... Pour cela il faudra que le droit civil s'adapte aux caractéristiques de la contrainte économique pour pouvoir espérer traiter convenablement les différents abus de déséquilibre structurel. A ce titre, le Professeur Pierre CATALA rappelait très justement qu'il incombe au droit civil « *de se montrer perméable aux messages émis par les diverses branches du droit privé, mais aussi de les transcender pour assurer par le haut la cohérence et la modernité de ce droit* »¹⁴⁸⁴.

1797. Ainsi, le droit civil apparaît comme le droit légitime à connaître de la contrainte économique et à sanctionner les abus de déséquilibre structurel. Cependant, il faut évidemment plaider pour un régime au titre du droit civil qui soit adapté aux caractéristiques de la contrainte économique.

¹⁴⁸³ Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Depris c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur »*, *JCP*, 24 janvier 2001, n° 4, II, p. 10461, obs. G. LOISEAU, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion » ; A. BRUDER, « Le retrait du projet de la loi définissant la notion de ventes agressives : la fin d'un nouveau souffle pour la notion de violence économique ? », *RLDC*, 2007.

¹⁴⁸⁴ P. CATALA, *op. cit.*

2. UN RECOURS AU DROIT CIVIL ADAPTÉ À LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1798. En effet, le droit civil « *doit exprimer les valeurs communes à notre temps* »¹⁴⁸⁵. Afin d'appréhender comme il se doit la contrainte économique, il faut avoir recours à un régime s'appuyant sur une théorie générale des obligations aménagée c'est-à-dire adaptée aux caractéristiques de la contrainte économique.

1799. Il faut un régime de droit commun indifférent à la qualité des parties, qui ne soit pas teinté du particularisme des droits spéciaux, ainsi que celui des vices du consentement et qui ne s'inscrit pas dans une conception traditionnelle civiliste afin d'éviter un manque de souplesse et d'éviter de paralyser voire de stériliser le régime.

1800. Il faut un régime de droit civil dont la rédaction soit inspirée de celle des droits spéciaux. En effet, le Professeur Denis MAZEAUD explique avec beaucoup de clairvoyance que « *le droit commun des contrats doit désormais composer avec, notamment, le droit de la consommation, de la concurrence, de la distribution et du travail, entre autres, et être repensé à l'aune de ces droits spéciaux* »¹⁴⁸⁶. Ainsi, il faudrait un régime de droit commun pouvant combiner d'une part, la neutralité si singulière au droit civil et si vitale à une bonne réception de la contrainte économique et d'autre part, la souplesse, la malléabilité ainsi que la capacité à connaître des situations dans un contexte économique que présentent les régimes des droits spéciaux.

1801. Par ailleurs, la référence à « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique* » issue du droit de la concurrence par la Cour de cassation et par la suite par

¹⁴⁸⁵ S. LE GAC-PECH, *Ibid.*

¹⁴⁸⁶ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *L.P.A.*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47.

le législateur lors de la consécration légale du régime de violence économique a été reçue favorablement par la doctrine. Selon elle, elle apporte la souplesse nécessaire à la violence économique pour saisir les différentes situations de contrainte économique c'est-à-dire le contexte économique de la situation qui est nécessaire à l'analyse de la contrainte économique¹⁴⁸⁷.

1802. Toutefois, il convient de rappeler que cela n'est pas du tout le cas. Bien au contraire, la référence à « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique* » pour saisir la contrainte économique en droit civil est malheureuse car elle limite considérablement le domaine d'application de la notion de contrainte économique réduisant de manière significative les abus de déséquilibre structurel pouvant être pris en compte au titre de la contrainte économique.

En effet, le choix du recours à « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique* » exclut du domaine de la contrainte économique, tous les abus de déséquilibre structurel reposant sur l'exploitation d'une situation de force, puissance économique de l'auteur de la contrainte économique, elle exclut également les situations de contrainte économique reposant sur l'exploitation d'une situation de faiblesse ou de vulnérabilité, intrinsèque ou extrinsèque, de la victime de la contrainte économique sans qu'il y ait dépendance économique.

1803. D'autre part, le recours à « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique* » pour saisir les situations de contrainte économique en droit civil soulève de nombreuses questions et soumet les justiciables à de l'insécurité juridique.

En effet, il faut s'interroger sur la portée du terme de dépendance économique. Qu'est-ce qu'est la dépendance économique en droit civil ? La notion de dépendance économique en droit civil est-elle la même qu'en droit de la concurrence ? Quelle est la portée de la dépendance économique ? Est-ce juste la dépendance économique *stricto sensu* ou cette

¹⁴⁸⁷ S. WADOWIAK, « La violence économique : une nouvelle forme d'esclavage ? », *Semaine sociale Lamy*, 2005, p. 1213 : parle de « contextualisme ».

notion couvert-elle également la faiblesse et la vulnérabilité économique, intrinsèque ou extrinsèque ? Est-elle caractérisée par les mêmes conditions ? Est-elle appréciée au vu des mêmes critères ?

1804. D'ailleurs, il convient de souligner le défi que représente la mise en oeuvre d'un tel régime et les impératifs à concilier. Selon le Professeur Denis MAZEAUD, le « pragmatisme législatif »¹⁴⁸⁸ impose que « *les qualités spécifiques et les caractéristiques personnelles des contractants, l'état du marché dans lequel s'inscrit le contrat qu'ils concluent, sont pris en compte en vue de la détermination du régime de leurs relations contractuelles* »¹⁴⁸⁹.

Ainsi, il faut arriver à concilier un champ d'application assez large pour ne pas mettre de côté des situations de contrainte économique, tout en évitant que ce texte ne devienne un « fourre-tout » ; établir un principe assez souple permettant de s'ajuster aux évolutions économiques¹⁴⁹⁰ ; établir un régime et des sanctions efficaces et dissuasives ; élargir le droit d'agir, car les fournisseurs par peur de représailles et les consommateurs face à la complexité des procédures, abandonnent l'idée d'une action en justice ; établir un régime pouvant prendre en compte la contrainte économique dans les relations contractuelles et extra-contractuelles et à tous les stades du lien contractuel.

1805. Ainsi, la contrainte économique semble pouvoir être sanctionnée à travers le mécanisme de la responsabilité civile¹⁴⁹¹. Certains proposent également le recours à un principe général propre à la contrainte économique¹⁴⁹². Cette solution n'est pas retenue car le recours aux mécanismes de la responsabilité civile est suffisant. D'ailleurs, il

¹⁴⁸⁸ D. MAZEAUD, *op. cit.*

¹⁴⁸⁹ D. MAZEAUD, *Ibid.*

¹⁴⁹⁰ M. PEDAMON, « 20 ans de répression des abus de puissance d'achat », *RLC*, 2007.

¹⁴⁹¹ Dans le même sens : S. DELORT, « La qualification aléatoire de l'abus de puissance d'achat, de vente ou de relations de dépendance », *JCP E*, 24 mars 2005, n° 12 qui propose s'avoir recours à l'article 1382 ; 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*, 31 juillet 2008, n° 31.

¹⁴⁹² J.-L. FOURGOUX, « Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? », *CCC*, décembre 2006, n° 12.

semblerait que le mécanisme de la responsabilité soit le plus adapté pour prendre en compte la contrainte économique.

PARAGRAPHE II. UN PLAIDOYER POUR LE TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE AU TITRE D'UN RÉGIME DE RESPONSABILITÉ PROPRE

1806. La réception de la contrainte économique doit être nécessairement réformée. En effet, le traitement de la contrainte économique s'articule autour du particularisme des conditions et des sanctions propres aux droits spéciaux au titre desquels les régimes sont envisagés.

Or, ces régimes traitant de la contrainte économique marqués par le particularisme des droits spéciaux ont pour effet de freiner considérablement la lutte contre la contrainte économique. Effectivement, le traitement néfaste actuel de la contrainte économique est dû en très grande partie au particularisme des régimes des droits spéciaux. Ainsi, le recours à l'un des régimes issus des droits spéciaux pour traiter la contrainte économique est à écarter.

Aussi, il faut rejeter fermement l'idée d'une spécialisation de la réception de la contrainte économique et il convient de plaider, eu égard à l'étude menée précédemment, pour une réception généralisée de la contrainte économique.

1807. Par ailleurs, la généralisation de la réception des abus de déséquilibre structurel doit se faire au titre du droit civil en raison de sa nature de droit commun des contrats et celle de droit neutre dans l'approche des sujets et de leur qualité. Il apparaît être le droit légitime à connaître de la contrainte économique.

Toutefois, une généralisation au titre d'un vice du consentement est à éviter car elle aurait l'effet de restreindre le champ d'application de la contrainte économique et donc de freiner la prise en compte des abus de déséquilibre structurel. La contrainte économique peut avoir lieu aussi bien au moment de la formation du contrat, de l'exécution du contrat qu'au moment de la rupture du contrat. Ainsi, il est important de revenir à un régime qui n'est pas un vice du consentement, mais qui, au contraire, permet dans sa rédaction de saisir les situations de la contrainte économique à tous les stades du rapport contractuel. Il faut rejeter, sans équivoque, l'idée d'une réception de la contrainte économique au titre des vices du consentement qui aurait pour conséquence de limiter fortement l'efficacité du traitement de la contrainte économique.

1808. Enfin, la généralisation de la réception des abus de déséquilibre structurel incite fortement à opter pour une réception directe c'est-à-dire en tant que telle de la contrainte économique. La réception indirecte de la contrainte économique au titre d'autres notions est une cause de l'échec du traitement actuel de la contrainte économique par le Droit. Par ailleurs, il n'y a plus de raison de saisir la contrainte économique de manière indirecte maintenant qu'un régime commun à la notion de contrainte économique a été défini et qu'une définition propre a été établie.

1809. En définitive, la réception généralisée de la contrainte économique au titre d'un régime de responsabilité civile délictuelle doit être encouragée. Le recours à un régime de responsabilité pour traiter de la contrainte économique est légitime et opportun.

Afin d'établir un régime cohérent, efficace et adapté aux caractéristiques de la contrainte économique, ce régime de responsabilité propre à la notion de contrainte économique, décline des conditions qui diffèrent quelques peu des conditions traditionnelles de responsabilité (A) mais dont les effets sont les mêmes que ceux d'un régime de responsabilité traditionnel tout en assurant plus d'efficacité dans la sanction du comportement répréhensible et ce notamment en assurant une meilleure protection et une meilleure indemnisation de la victime et plus de dissuasion sur l'auteur de la contrainte économique afin d'empêcher toute récidive (B).

1810. Pour ce faire, il convient de rappeler que la lutte contre la contrainte économique sanctionne l'exploitation abusive d'une situation de déséquilibre structurel et a pour finalité la protection de l'intégrité du consentement de la victime. Ainsi, la contrainte économique a pour fonction de protéger, d'indemniser le préjudice de la victime et de sanctionner le comportement de l'auteur de la contrainte économique.

Aussi, il appert que la fonction de la théorie de la contrainte économique n'est ni la pérennité contractuelle ni l'équilibre des forces économiques, ni de la recherche de l'efficacité économique de la régulation du marché.

En effet, comment protéger un acte juridique ainsi que la relation contractuelle qui en découle alors que cet acte repose sur un consentement extorqué ? La pérennité de la relation contractuelle ne serait être fonction de la lutte contre la contrainte économique afin d'assurer la sécurité juridique. Elle ne peut être un argument suffisant expliquant que la pérennité de la relation contractuelle surplombe la protection du consentement sur lequel cette relation est censée être fondé comme fonction de la contrainte économique. La finalité de la lutte contre la contrainte économique est la protection de l'intégrité du consentement. Sa fonction principale est donc de protéger, d'indemniser la victime d'une part et de sanctionner le comportement de l'auteur d'autre part. La finalité et les fonctions de la lutte contre la contrainte économique vont influencer. Le choix du régime et notamment le choix des sanctions (cf. Des sanctions efficaces contre les situations de contrainte économique) est grandement influencé par la finalité et la fonction de la théorie de la contrainte économique.

A. DES CONDITIONS ADÉQUATES AUX CARACTÉRISTIQUES DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1811. Bien que les conditions soient particulières car elles sont différentes d'un régime de responsabilité traditionnel, la logique du régime de responsabilité traditionnel est la même. En effet, il est nécessaire de traiter la contrainte économique au titre du droit civil, seule branche du Droit pouvant connaître de manière efficace et cohérente de la contrainte économique. Cependant, il faut adapter ce régime aux caractéristiques de la contrainte économique (ce qui explique la singularité des conditions de ce régime).

1812. Ainsi, pour que soit caractérisée la contrainte économique, il faut apporter la preuve d'un déséquilibre structurel, d'une exploitation abusive, de l'existence d'un résultat et enfin la preuve d'un lien de causalité entre le déséquilibre contractuel et l'abus.

1813. Concernant l'abus, il faut préciser qu'il s'agit de démontrer l'existence d'une exploitation abusive c'est-à-dire d'un comportement abusif de l'auteur. Il faut noter que la preuve de l'intention délictuelle devra être apportée évidemment au titre de l'abus.

1814. De même, il faut souligner la nécessité d'apporter la preuve d'un lien de causalité entre le déséquilibre structurel et l'abus. En effet, la notion de la contrainte économique l'impose. La contrainte économique est l'exploitation abusive d'un déséquilibre structurel. Cette condition est requise par la plupart des régimes actuels traitant de contrainte économique de manière induite.

1815. Le déséquilibre structurel est l'élément psychologique au sein de la contrainte économique. Il renvoie à la situation caractéristique de la contrainte économique. C'est la condition structurelle de la contrainte économique. Il s'agit du déséquilibre structurel

qui caractérise la relation entre l'auteur et la victime c'est-à-dire la situation de dominant/dominé. Il s'agit d'un déséquilibre des forces économiques et donc au déséquilibre des forces de négociation. Il peut prendre plusieurs formes.

1816. Le résultat est l'action ou l'abstention retirée par l'auteur de la contrainte économique de la victime. Il peut s'agir d'un avantage financier, juridique, technique, matériel, patrimonial ou extra-patrimonial.

Les conditions relatives au déséquilibre structurel et au résultat n'ont pas besoin de développements particuliers (cf. la notion de la contrainte économique).

1817. Par ailleurs, s'agissant de la charge de la preuve, il faut plaider pour une répartition de la charge de la preuve qui pèserait sur les deux contractants (cf. une charge de la preuve à corriger).

En effet, la preuve des conditions dans les régimes traitant de la contrainte économique doit être apportée par la victime, partie la plus faible dans la relation contractuelle et dont les moyens sont limités alors même que ces conditions sont, par ailleurs, particulièrement compliquées à démontrer. D'ailleurs, les victimes refusent ou abandonnent souvent l'idée d'une action en justice en raison de la difficulté de la preuve. La charge de la preuve étant bien trop lourde et pesant sur les victimes a pour conséquence de « paralyser » voire de « stériliser » les régimes traitant de la contrainte économique. Ainsi, elles freinent le traitement de la contrainte économique. La correction de la charge de la preuve est donc nécessaire.

La répartition de la charge de la preuve entre l'auteur et la victime est une solution plus correcte que de faire peser la charge de la preuve dans son intégralité sur la victime qui n'a pas les moyens financiers, économiques, techniques et juridiques de l'auteur, contractant dominant.

1818. Aussi, la victime serait amenée à démontrer l'existence d'un déséquilibre structurel et du résultat tiré par l'auteur de la contrainte économique. L'auteur devrait démontrer l'absence d'exploitation abusive du déséquilibre structurel. Il devra alors prouver que le résultat tiré de la relation contractuelle est dû non pas à une contrainte économique mais qu'il est le fruit d'une négociation équitable et d'une relation contractuelle basée sur un échange des consentements libres et éclairés.

Une fois les conditions remplies, la responsabilité civile de l'auteur sera engagée. Il s'agit d'une responsabilité civile délictuelle.

1819. Ainsi, les conditions, ici, retenues sont différentes des régimes traditionnels de responsabilité mais l'esprit est le même. Ces conditions répondent aux caractéristiques de la contrainte économique. Ainsi, ce régime présente une très grande souplesse qui permet donc de saisir correctement toutes les situations de contrainte économique. Il s'agit d'un mécanisme malléable pour appréhender la diversité des situations de contrainte économique.

1820. Ce régime permet de protéger le lien contractuel en commençant par protéger le consentement des parties et de réparer le préjudice subi par les contractants. Bien que les conditions de ce régime de responsabilité propre à la contrainte économique soient relativement différentes mais fidèles et respectueuses de l'esprit et de la logique du principe générale de responsabilité civile délictuelle, les effets sont les mêmes, sauf à présenter plus d'efficacité dans la protection et l'indemnisation de la victime. Ils sont également bien plus dissuasifs et sont plus dissuasifs pour l'auteur.

B. DES SANCTIONS EFFICACES CONTRE LES SITUATIONS DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE

1821. Dans le souci de mettre en place un régime efficace et cohérent traitant de la contrainte économique, il est impératif de se montrer à la hauteur du défi que représente la lutte contre la contrainte économique.

1822. Il faut rappeler que la lutte contre la contrainte économique sanctionne l'exploitation abusive d'une situation de déséquilibre structurel et a pour finalité la protection de l'intégrité du consentement de la victime. La théorie de la contrainte économique a pour fonction de protéger, d'indemniser le préjudice de la victime et de sanctionner le comportement de l'auteur de la contrainte économique.

Aussi, la pérennité contractuelle ne serait être déterminée comme fonction de la lutte contre la contrainte économique. La sécurité juridique ne saurait être un argument suffisant expliquant la pérennité de la relation contractuelle surplombe la protection du consentement sur lequel cette relation est censée être fondé comme fonction de la contrainte économique.

1823. De même, il appert de l'étude des finalités des abus de domination, des abus de faiblesse et de la violence économique que la fonction de la lutte contre la contrainte économique ne relève ni de l'équilibre des forces économiques, ni de la recherche de l'efficacité économique ou de la régulation du marché.

Dès lors, le choix des sanctions de la contrainte économique sera également induit par la fonction de la théorie de la contrainte économique. En effet, la finalité de la lutte contre la contrainte économique étant la protection de l'intégrité du consentement de la victime et la fonction de la théorie de la contrainte économique étant de protéger, d'indemniser la victime d'une part et de sanctionner et d'éviter toute récidive du comportement de l'auteur d'autre part.

Par conséquent, il est essentiel que les sanctions de la contrainte économique présentent un effet punitif, un effet indemnitaire et un effet dissuasif qui est par ailleurs essentiel en matière de contrainte économique car les abus de déséquilibre structurel sont des fautes lucratives qui requièrent des sanctions relativement importantes et conséquentes.

1824. Dès lors que la contrainte économique est caractérisée, la responsabilité de l'auteur doit pouvoir être engagée.

Aussi, il ressort de toutes ces considérations que la nullité du contrat est la sanction principale et naturelle de la contrainte économique. En effet, il est évident que tout acte juridique entaché de contrainte économique, et donc construit sur un consentement vicié car extorqué, n'a pas lieu d'être et de produire des effets. La nullité de l'acte permet de protéger l'intégrité du consentement de la victime.

Afin d'indemniser le préjudice de la victime, il faut admettre que la responsabilité de l'auteur puisse être engagée et que le préjudice de la victime puisse être indemnisé par le biais donc de dommages et intérêts. Toutefois, pour lutter contre le caractère lucratif de la contrainte économique et afin d'assurer un effet dissuasif aux sanctions de l'abus de déséquilibre structurel, il est essentiel d'envisager le recours aux dommages et intérêts punitifs. En effet, les dommages et intérêts purement indemnitaires ne correspondent pas aux caractéristiques bien particulières de la contrainte économique.

1825. Par ailleurs, le rééquilibrage du contrat comme sanction de la contrainte économique est à écarter. Effectivement, la finalité de la lutte contre la contrainte économique étant la protection de l'intégrité du consentement de la victime, la fonction de la contrainte économique est la protection et l'indemnisation de la victime. Le rééquilibrage du contrat, des forces économiques et donc des forces de négociation ou des prestations réciproques des parties au contrat n'est pas fonction de la contrainte économique.

1826. De même, comme le rééquilibrage, la renégociation a été proposée comme sanction de la contrainte économique par de nombreux projets de réforme en droit européen et en droit interne. Telle qu'elle la renégociation est également à écarter en ce sens que la pérennité contractuelle n'est pas et ne peut pas être fonction de la théorie de la contrainte économique. Toutefois, la renégociation peut être retenue comme sanction de la contrainte économique si et seulement si, elle est proposée ou souhaitée par la victime. Auquel cas, elle aura l'effet d'une sorte de confirmation non pas de l'acte juridique tel qu'il existe c'est-à-dire entâché de contrainte économique mais de confirmation de l'existence de l'acte juridique et de la volonté de se lier mais à des termes renégociés exempts de toute contrainte économique.

1827. Effectivement, pour pallier l'insuffisance en opportunité des sanctions civiles qui s'imposent comme les sanctions légitimes et naturelles de la contrainte économique et afin de concilier l'impératif d'efficacité et de légitimité, il convient d'avoir recours à de nouveaux mécanismes tels que la renégociation ou les dommages et intérêts punitifs.

1828. La renégociation permet d'apporter la souplesse nécessaire qui fait défaut à la nullité dans les domaines touchés par la contrainte économique (1). En effet, cela permettrait aux parties de sauver leur relation contractuelle s'il elles le souhaitent.

Par ailleurs, la contrainte économique est une faute lucrative, il est, donc, essentiel de reconnaître les dommages et intérêts punitifs qui sont punitifs, indemnitaires et dissuasifs (2). Les sanctions présenteraient ainsi l'avantage de remplir toutes les fonctions nécessaires pour une sanction : fonction punitive, indemnitaire et dissuasive. Effectivement, elles permettent de protéger la victime, de réparer le préjudice qu'elle a subi et d'avoir un effet dissuasif qui manque aux sanctions civiles. Elles seraient, ainsi et finalement, efficaces.

1829. En définitive, ce régime de responsabilité s'inscrit dans la même logique que la lutte contre la contrainte économique c'est-à-dire dans une logique contractuelle dont le but est la protection et l'indemnisation de la victime en premier lieu et la dissuasion de toute récidive relative à la contrainte économique en second lieu.

1. LE RECOURS À LA RENÉGOCIATION : UN GAIN DE SOUPLESSE

1830. Effectivement, un système punitif proposant la nullité et la renégociation sous certaines conditions est envisageable. La renégociation jouerait le rôle de confirmation de la nullité. Toutefois, le recours à la renégociation en tant que sanction serait possible et acceptable si et seulement si, la partie faible le souhaite et en fait la demande.

Au vu des domaines dans lesquels la contrainte économique a lieu (relation employeur/salarié, relation distributeurs/fournisseurs, relation professionnel/consommateurs), il est important pour les parties d'avoir le choix entre résilier le contrat ou préférer une renégociation la relation contractuelle.

1831. La renégociation ne doit jamais être imposée par le juge aux parties de manière définitive. En ce sens que pour respecter la liberté des parties qui fonde le contrat, il ne peut que leur offrir un délai durant lequel une tentative de renégociation doit être entreprise. Pour les mêmes raisons, une seule partie ne peut imposer à l'autre la renégociation.

L'auteur de la contrainte ne devrait pas avoir la possibilité de prendre l'initiative comme cela est autorisé par certains projets de réforme. Il faut reconnaître la renégociation à côté de la nullité mais dénuée de son caractère prioritaire¹⁴⁹³ et soumise à la condition de la volonté de la partie victime. La victime pourra demander la nullité de la convention. Elle

¹⁴⁹³ F. CHENEDE, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 655, §7.

pourra demander la renégociation du contrat si elle souhaite tout de même conserver la relation contractuelle avec l'auteur de la contrainte économique. La renégociation du contrat ne peut se faire qu'à la demande de la victime et en aucun cas à celle de l'auteur. Et évidemment, la victime pourra demander la réparation du préjudice qu'elle a subi.

L'intervention du juge doit être limitée au cas où les parties ne se mettraient pas d'accord. Auquel cas le juge pourra soit imposer une tentative de renégociation (dans un délai raisonnable), soit déclarer la nullité du contrat, la date et les effets qu'emporte cette nullité.

1832. Ce qui permettrait d'une part, de garder comme sanction naturelle et première de la contrainte économique la nullité. Et afin de répondre à la nécessité d'une malléabilité et d'une flexibilité dans le traitement de la contrainte économique, d'ériger comme sanction secondaire la renégociation du contrat, si et seulement si la partie victime en fait la demande, auquel cas, la victime souhaitant rester dans cette relation contractuelle le pourra mais à des termes non abusifs et non entachés de contrainte économique. Alors la renégociation de la relation contractuelle agirait comme une sorte de confirmation de la nullité permettant de faire vivre légitimement l'acte juridique. Ainsi, si on offrait la possibilité à la partie faible d'avoir recours à la renégociation que lorsqu'elle le souhaite les intérêts des parties seraient mieux assurés et la partie faible mieux protégée. La renégociation permettrait d'assurer l'intérêt de la partie faible qui souhaite rester dans la relation contractuelle sans l'effet de la contrainte économique car cela est nécessaire à sa survie économique.

1833. Elle permettrait à l'acte juridique de vivre et de produire des effets notamment dans le cas où la victime souhaiterait entrer dans une relation contractuelle avec l'auteur mais à d'autres termes qui ne seraient le fruit que de l'exploitation abusive du déséquilibre structurel entre les deux parties. Par ailleurs, le fait que l'acte juridique produise des effets permettra d'atteindre l'efficacité économique tant recherchée sans en faire l'objectif principal déterminant la survie ou non de la relation contractuelle.

1834. Par ailleurs, cette solution intermédiaire est la rencontre entre le respect de « l'identité juridique français » et l'innovation pour faire face au monde des affaires.

1835. Enfin, cette solution intermédiaire à le mérite de permettre au juge de prendre place dans sa nouvelle fonction : gardien de la loyauté contractuelle et du « juste ».

Pour certains auteurs la possibilité offerte aux parties de renégocier le contrat est « *un instrument de la pérennité contractuelle* »¹⁴⁹⁴. Elle est « *le remède contre l'instabilité, la précarité économique et même parfois, comme la garantie de la paix sociale* »¹⁴⁹⁵.

Les fervents défenseurs de la sécurité juridique, qui se dresseront contre la possibilité offerte aux juges d'ordonner la renégociation aux parties, seront quelque peu rassurés par les propos du Professeur Barthélémy MERCADAL¹⁴⁹⁶ et par ceux du Professeur Muriel FABRE-MAGNAN¹⁴⁹⁷, qui déclarent que les juges feront du recours de la renégociation, au vu de l'expérience constatée dans les pays admettant la renégociation dans le cadre de la théorie de l'imprévision, une application modérée.

1836. Ce système permettra de concilier le respect de la liberté des parties, en évitant qu'une partie faisant preuve de malhonnêteté, ne profite des circonstances économiques défavorables pesant sur l'autre. Par ailleurs, en faisant appel au juge en dernier recours, c'est-à-dire en cas de blocage, la liberté des parties et l'efficacité du régime seront respectées.

¹⁴⁹⁴ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *L.P.A.*, 30 juillet 2005, n° 129, p. 4.

¹⁴⁹⁵ D. MAZEAUD, *op. cit.*

¹⁴⁹⁶ B. MERCADAL, « Sur la réforme du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, coll. Etudes, Mélanges, Travaux, Dalloz et Litec, Paris, 2011 : « *les arbitres, dans le cadre de contrats internationaux, feraient une application modérée de la théorie de l'imprévision et donc n'imposeraient que rarement la renégociation du contrat* ».

¹⁴⁹⁷ J. BEGUIN, H. BERANGER, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet-entretien avec M. FABRE-MAGNAN », *JCP*, 22 octobre 2008, n° 43, I, p. 199 : « *ni les juges ni les juristes ne sont jamais neutres, y compris politiquement, mais les juges français, en particulier ceux de la Cour de cassation, on peut toujours se trouver des interprétations équilibrées, et il n'y a donc aucune raison de ne pas leur faire confiance a priori* ».

1837. Il faut noter que cette solution présente éventuellement une conséquence perverse. En effet, certains pourraient tenter de profiter de la situation. Certains contractants pourraient tenter d'utiliser la renégociation afin de rééquilibrer ou de renégocier un contrat initialement mal négocié, sans être entaché de contrainte économique. Mais ici aussi, il appartient au juge de bien mettre en oeuvre les garde-fous posés par le législateur. Encore faut-il pour cela que des garde-fous existent. Or, la démonstration d'une exploitation abusive et d'une situation de déséquilibre structurel sont d'autant de garde-fous sans parler de l'expérience du juge et de la retenue dont ils font preuve dans le cadre du pouvoir d'interprétation.

Par ailleurs, certains ont avancé l'idée que la victime pourrait préférer à la nullité la renégociation réclamer une indemnité « *de nature à rétablir, dans une certaine mesure l'équilibre économique de l'opération* »¹⁴⁹⁸. Cette proposition doit être écartée car le but du traitement de la contrainte économique est de protéger le consentement et non l'équilibre économique du contrat.

1838. De plus, il faut rassurer les pessimistes en leur rappelant que la renégociation existe déjà et qu'ils font l'objet d'un nombre modéré de recours. D'ailleurs, la jurisprudence a su montrer, à de maintes reprises dans le passé, les égards dus à l'intangibilité du contrat et à la volonté des parties en refusant d'interférer dans un acte juridique.

1839. La renégociation est un instrument de pérennité contractuelle¹⁴⁹⁹ qui permet aux parties, lorsqu'elles le souhaitent de conserver le contrat mais de le modifier afin « d'effacer » non pas la contrainte économique mais plutôt les effets de la contrainte économique.

¹⁴⁹⁸ G. LOISEAU, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et patri.*, septembre 2002, n° 107.

¹⁴⁹⁹ D. MAZEAUD, *Ibid.*

1840. Enfin, l'effet punitif, indemnitaire et dissuasif des sanctions peut être assuré par le recours à des dommages et intérêts punitifs dont le recours serait d'autant plus opportun que la contrainte économique est une faute lucrative.

2. L'ADMISSION DE DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS : UN GAIN D'EFFICACITÉ

1841. Les dommages et intérêts punitifs sont des « *dédommagements très supérieurs aux préjudices subis, qui peuvent être accordés par un Tribunal afin de punir le comportement fautif et n'ont pas simplement une fonction d'indemnisation* »¹⁵⁰⁰ mais également une fonction dissuasive et punitive !

1842. Face à l'inefficacité et l'incohérence des sanctions retenues par les régimes traitant de la contrainte économique, le recours aux dommages et intérêts punitifs semble s'imposer pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel.

1843. Il convient pour cela d'analyser la légitimité et l'opportunité d'une telle sanction.

1844. La légitimité du recours aux dommages et intérêts punitifs peut être quelque peu discutée.

En effet, en France, le principe en Droit de la responsabilité civile qui s'applique en matière d'indemnisation du préjudice est le principe de la réparation intégrale du

¹⁵⁰⁰ « Les intérêts sans les dommages : les raisons de la lutte contre les fautes lucratives », Legaletic <<http://www.legaletic.fr/>>.

préjudice subi sans perte ni profit. Autrement dit, est réparé « *tout le préjudice, mais rien que le préjudice* ».

Donc, seuls les dommages et intérêts indemnitaires sont admis. Or, les dommages et intérêts ne couvrant que l'intégralité du préjudice subi ne sont pas opportuns dans la lutte contre les abus de déséquilibre structurel car la contrainte économique est une faute lucrative qui engendre bien un dommage, mais dont le bénéfice retiré par l'auteur est supérieur au coût de la réparation imposée en cas de condamnation¹⁵⁰¹.

Aussi, les dommages et intérêts tels qu'ils sont alloués dans le droit positif n'ont aucun effet sur la faute lucrative. En effet, pour sanctionner la contrainte économique correctement et efficacement, il est impératif d'avoir recours aux dommages et intérêts punitifs.

1845. C'est pour cela, qu'il est important de repenser ce principe de la réparation intégrale du préjudice subi sans pour autant le supprimer complètement ce qui serait impensable en tant que principe fondamental de la responsabilité civile. Mais, il serait intéressant d'admettre une exception pour le cas des fautes lucratives et en autres pour les abus de déséquilibre structurel. Cela permettrait non seulement au Droit d'indemniser de manière efficace les victimes mais cette réponse serait plus proche de la réalité économique des parties en cause et permettrait d'apporter une réponse plus adéquate aux caractéristiques de la contrainte économique. Ainsi, les caractéristiques bien particulières de la contrainte économique obligent à repenser les sanctions et à se tourner vers les dommages et intérêts punitifs.

1846. De plus, les dommages et intérêts punitifs présente une forte opportunité dans le traitement de la contrainte économique.

Pour être opportune une sanction doit remplir trois fonctions : une fonction punitive, une fonction indemnitaire et une fonction dissuasive. Or, là où l'octroi de dommages et

¹⁵⁰¹ « Les intérêts sans les dommages : les raisons de la lutte contre les fautes lucratives », Legaletic <<http://www.legaletic.fr/>>.

intérêts ne répare que le préjudice et rien que le préjudice, les dommages et intérêts punitifs réparent davantage que le préjudice subi. Ainsi, l'octroi de dommages et intérêts indemnitaires n'est en aucun cas dissuasif.

1847. Or, les dommages et intérêts punitifs remplissent bien une fonction punitive, par l'octroi même de ses derniers pour sanctionner le comportement délictuel de l'auteur.

1848. Ils remplissent également une fonction indemnitaire. Ils ont pour but premier de réparer le dommage subi par la victime. Par ailleurs, les dommages et intérêts punitifs sont bien plus indemnitaires que l'amende civile qui a été présentée comme un substitut aux dommages et intérêts alors que seul le Trésor Public est bénéficiaire de cette amende civile et non pas la victime contrairement aux dommages et intérêts punitifs qui sont reversés à la victime. Les partisans de l'amende civile comme substitut aux dommages et intérêts punitifs diront que l'amende civile est certes reversée au Trésor Public mais que cela s'explique par le fait que la disposition en question visait à protéger l'ordre public alors même qu'il s'agit de régimes traitant de la contrainte économique et dont reposant sur un consentement vicié. La personne à protéger devrait être la victime dont le consentement a été extorqué. De plus, les dommages et intérêts punitifs inciteraient les victimes à dénoncer davantage les comportements prohibés¹⁵⁰² ce qui améliorerait le traitement de la contrainte économique.

1849. Enfin, les dommages et intérêts punitifs sont pleinement dissuasifs. C'est la première particularité de ces dommages et intérêts et tout l'intérêt de remplacer les dommages et intérêts indemnitaires par les dommages et intérêts punitifs. En effet, le droit civil est lacunaire sur ce point. Or, cette fonction est essentielle pour réellement condamner l'auteur de la contrainte économique.

¹⁵⁰² M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^{ème} éd., coll. Sirey Université, Dalloz, Paris, 2011, p. 291.

En effet, seuls les dommages et intérêts punitifs en raison du montant exceptionnellement élevé des dommages et intérêts, présentent un effet dissuasif. En effet, il est inconcevable de penser que l'octroi de dommages et intérêts purement indemnitaires puisse avoir un quelconque effet dissuasif sur les auteurs de la contrainte économique dont le chiffre d'affaires s'élève régulièrement à plusieurs centaines de millions d'euros.

En effet, les dommages et intérêts punitifs permet de sanctionner les auteurs de la contrainte économique à la hauteur de leurs moyens financiers afin que la sanction ait véritablement un effet punitif mais aussi dissuasif et qu'elle empêche les auteurs de la contrainte économique de réitérer le comportement fautif. Cette sanction permet de prendre en compte la relation économique des parties. Elle correspond davantage aux caractéristiques et particularités de la contrainte économique.

1850. Toutefois, certains auteurs mettent en avant le risque d'inflation contentieuse¹⁵⁰³ en raison de l'appât du gain. Une « *victimisation lucrative* »¹⁵⁰⁴ serait à craindre. Il faut donc encadrer le recours à ses dommages et intérêts punitifs. Malgré ce risque, le recours des dommages et intérêts punitifs rendrait le traitement de la contrainte économique plus efficace.

Il faut laisser aux juges le soin de faire la part des choses. Ils sont à même de le faire en raison de leur expérience, de leur sagesse. Ils ont montré, par le passé, à maintes reprises, la parcimonie, le sérieux et la rigueur avec laquelle ils exerçaient les prérogatives qui leurs étaient offertes (cf. Une intervention judiciaire dans le traitement de la contrainte économique à célébrer). Ainsi, les juges sont d'autant de garde-fous face à des comportements opportuns. Aussi, la mise en oeuvre des dommages et intérêts punitifs n'est pas à craindre.

¹⁵⁰³ M. MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*

¹⁵⁰⁴ M. DEPINCE, « La sanction civile d'une infraction par un tribunal arbitral », colloque sur « l'arbitrage et droit pénal », Montpellier, 18 mai 2011.

1851. Ainsi, les dommages et intérêts punitifs sont essentiels pour parfaire le régime des sanctions des abus de déséquilibre structurel car ils représentent un gain d'efficacité par l'effet dissuasif qu'ils représentent. Les dommages et intérêts punitifs sont donc légitimes et opportuns à sanctionner de la contrainte économique.

1852. Après avoir mis en exergue les maux du traitement de la contrainte économique et après avoir exposé les raisons de l'échec de la réception de la contrainte économique par le Droit, il est nécessaire de proposer des aménagements essentiels voire indispensables à appliquer au droit processuel pour une réception cohérente, adaptée et efficace de la contrainte économique.

CHAPITRE II. LES REMÈDES À ADMINISTRER AU DROIT PROCESSUEL

1853. La réforme en profondeur du traitement de la contrainte économique requière nécessairement un aménagement du droit processuel entourant le traitement de la contrainte économique. Les remèdes devant être appliqués au droit processuel sont de deux ordres. Perfectionner le droit processuel des abus de déséquilibre structurel passe par une amélioration de l'accès en justice des victimes ainsi que de leur action en justice. Le droit processuel de la contrainte économique ne sera véritablement performant que lorsque que l'accès et l'action en justice des victimes sera profondément améliorée et surtout adaptée aux particularités et aux caractéristiques de la contrainte économique.

1854. Le constat désastreux tiré de l'étude du traitement de la contrainte économique souligne que l'une des raisons pour lesquelles les justiciables sollicitent si peu les régimes traitant de la contrainte économique est dû au fait que les procédures sont longues, complexes et souvent onéreuses, la charge de la preuve particulièrement lourde. Elle doit être supportée seule par la victime et dont la finalité est incertaine en raison de l'aléa juridique présent en matière d'abus de déséquilibre structurel.

Aussi, l'accès à la justice ainsi que l'action de justice doivent être réformées et améliorées afin d'offrir aux justiciables le terrain d'action le plus efficace possible.

1855. Ainsi, il faut commencer par réformer et améliorer l'accès en justice afin d'encourager et accompagner les justiciables dans la lutte contre la contrainte économique (Section I).

Enfin, il faut penser à perfectionner l'action en justice des justiciables quand ces-derniers décident de mener le combat contre la contrainte économique (Section II). En effet, il faut permettre aux justiciables un exercice plein et efficace de leur action en justice en réorganisant la charge de la preuve et en limitant autant que faire se peut l'aléa juridique.

SECTION I. UN ACCÈS À LA JUSTICE À AMÉLIORER

1856. Pour encourager l'action en justice contre la contrainte économique, il est impératif de réformer et améliorer en premier lieu l'accès en justice.

Effectivement, beaucoup de justiciables victimes de la contrainte économique abandonnent l'idée de toutes actions en justice en raison d'un accès en justice particulièrement difficile, complexe, confus et onéreux. Le manque de moyens financiers et de preuves ainsi que la peur de représailles expliquent également l'abstention des victimes.

Or, le droit d'agir en justice est un droit fondamental dont le respect doit être assuré.

1857. Pour ce faire, il est nécessaire de réformer en profondeur le droit d'action afin de l'adapter aux particularités de la contrainte économique d'élargir le droit d'action à d'autres personnes que la victime pour enclencher l'action dans le but d'encourager par la suite la victime à se joindre ou à reprendre l'action en permettant à d'autres personnes de prendre le relais et de déclencher et de mener cette action afin d'encourager par la suite la victime à se joindre ou à reprendre l'action. Dans cette optique, il semble nécessaire d'établir un droit d'alerte et de créer une action de groupe en cas de contrainte économique (Paragraphe I).

1858. De même, pour réformer l'accès en justice, il faut accompagner les victimes de la contrainte économique lors de l'exercice de leur accès en justice en favorisant un recours à l'intervention administrative (Paragraphe II) notamment l'action du ministre et celle de certaines administrations encore trop peu exploitées, qui pourraient sous certaines conditions ou dans certains cas prendre le relais afin de faciliter l'accès en justice de la victime quand cela devient trop compliqué ou quand il est impossible pour le justiciable de mener l'action dans le but d'encourager *in fine* la victime à prendre l'action. Effectivement, le recours à l'interventionnisme administratif présente de nombreux

avantages inexploités, qui permettraient un gain d'efficacité non négligeable pour le traitement de la contrainte économique.

PARAGRAPHE I. UN DROIT D'ACTION À RÉFORMER

1859. Il faut réformer le droit d'action en cas de contrainte économique afin de faciliter l'action des victimes de la contrainte économique afin de les encourager à agir en justice.

1860. Il faut donc pallier les raisons rendant l'accès en justice est difficile. Or, les raisons qui poussent les victimes à ne pas agir en justice sont la peur des représailles, la difficulté et le coût des procédures. Donc, il est impératif d'accompagner les victimes dans leur action en justice. Pour ce faire, il faut permettre à d'autres personnes libres des inconvénients rencontrés par les victimes de contrainte économique de déclencher l'action dans le but, *in fine*, que la victime se joigne à cette action.

1861. Pour encourager l'action, il faut d'abord consolider le droit d'alerte (A). Il doit être élargi à la contrainte économique. Pour être efficient, il faut augmenter de manière significative la protection des lanceurs d'alerte car la protection offerte par le Droit, aujourd'hui, ne suffit pas. La protection est tellement dérisoire qu'elle est parfois dissuasive. Puis, il faut également envisager une action de groupe en cas de contrainte économique (B). Ce qui permettra d'alléger la charge de la preuve et le coût de la procédure ainsi que le sentiment de sollicitude pouvant être ressenti par les victimes durant ces procédures.

A. UN DROIT D'ALERTE À CONSOLIDER

1862. Afin de consolider le droit d'alerte en cas de contrainte économique, le champ d'application du droit d'alerte doit être élargi pour les cas de la contrainte économique (1) tout en assurant une protection accrue des lanceurs d'alerte (2) condition *sine qua non* pour que le droit d'alerte soit véritablement efficace.

1. LE DOMAINE D'APPLICATION DU DROIT D'ALERTE À ÉLARGIR

1863. Le droit d'alerte permet de signaler l'existence d'un danger pour la santé ou la sécurité, une atteinte aux libertés individuelles ou encore d'interroger l'employeur sur la situation économique de l'entreprise. Il est ouvert à tous les acteurs de l'entreprise et permet de demander à l'employeur de fournir des explications lorsque la situation de l'entreprise est inquiétante.

Chaque institution représentative du personnel a un droit d'alerte qui lui est propre¹⁵⁰⁵.

1864. Le comité d'entreprise a un droit d'alerte en cas de situation jugée préoccupante pour la situation économique de l'entreprise. Il doit avoir « *connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* »¹⁵⁰⁶.

Les salariés ont également un droit d'alerte en cas de situation de travail dont le salarié a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie

¹⁵⁰⁵ CHSCTE : en cas de danger grave et imminent (Art. L.4131-2 du C. trav.) ; les délégués du personnel : en cas d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché (Art. L.2313-2 du C. trav.).

¹⁵⁰⁶ Art. L.2323-78 du C. trav.

ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection¹⁵⁰⁷.

Les motifs d'alerte invoqués par le comité d'entreprise peuvent être les difficultés économiques ; une baisse importante et durable des commandes ; une baisse importante des investissements ; des plans de restructuration et des licenciements ; reports renouvelés d'échéance et défauts répétés de paiement ; une notification de protêts ; le retard dans le paiement des salaires ; le non-respect de la tenue des assemblées générales ; un refus d'approbation des comptes par l'assemblée générale ; un refus de certification des comptes par le commissaire aux comptes ; des pertes entraînant une diminution de l'actif net imposant la reconstitution du capital social ; une non-reconstitution du capital social¹⁵⁰⁸.

1865. Le juge dispose d'un pouvoir de contrôle sur le motif qui a justifié de déclencher l'alerte. En pratique, les juges ont tendance à élargir le cas des hypothèses dans lesquelles le comité d'entreprise peut recourir au droit d'alerte à « *toute situation de l'entreprise susceptible d'avoir des répercussions sur l'emploi* »¹⁵⁰⁹.

Dans un arrêt du 11 février 2011¹⁵¹⁰, les Hauts magistrats ont déclaré que les faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise justifiaient le déclenchement d'une alerte. Aussi, le déclenchement de l'alerte serait justifié par tout évènement susceptible d'avoir un impact sur la situation de l'entreprise. Elle n'est plus limitée au domaine strictement économique.

De même, dans un arrêt du 21 septembre 2016¹⁵¹¹, la Cour de cassation retient que dès lors qu'il existe une situation de dépendance entre une société filiale et la société mère et que la situation financière de la filiale est délicate, le comité d'entreprise de la filiale peut obtenir des informations sur la stratégie de la société mère à son égard.

¹⁵⁰⁷ Art. L.4131-1 du C. trav.

¹⁵⁰⁸ A. DUCHE, « Qui a un droit d'alerte dans l'entreprise ? », *Cah. Lamy CE*, octobre 2010, n° 97, p. 28 et s.

¹⁵⁰⁹ Grenoble, n° 09-01272, 10 février 2010.

¹⁵¹⁰ Soc., n° 10-30126, 11 février 2011, *Bull. civ.*, 2011, V, n° 26.

¹⁵¹¹ Civ., n° 15-17658, 21 septembre 2016.

1866. Trois hypothèses sont possibles.

Si l'employeur réussit à convaincre les membres du comité d'alerte qu'il n'y a aucune inquiétude à avoir sur la situation économique de l'entreprise, la procédure d'alerte prend fin.

Si l'employeur partage l'inquiétude du comité d'entreprise, un rapport devra être transmis à l'employeur et à l'expert-comptable.

Si malgré ses explications, l'employeur ne parvient pas à rassurer le comité d'entreprise, qui est le seul à apprécier le caractère suffisant des réponses de l'employeur, il pourra décider de rédiger un rapport qui doit être communiqué à l'employeur et au commissaire aux comptes. Le comité d'entreprise émet « un avis sur l'opportunité de saisir de ses conclusions l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance ». Soit la procédure cesse, soit le comité décide de saisir les organes de direction.

1867. Depuis 1957, l'article 40 du Code de procédure pénale prévoit l'obligation pour les agents publics de signaler les infractions pénales dont ils ont connaissance dans leurs fonctions. Depuis 1982, les dispositifs d'alerte en matière de santé et de sécurité au travail se sont développés dans les entreprises sans intervention législative.

1868. La notion de droit d'alerte a donc fait son apparition dans le Code du travail en 1982 avec la loi AUROUX du 23 décembre 1982¹⁵¹² qui a créé le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) et qui l'a doté d'un droit d'alerte permettant donc d'alerter l'employeur dès lors « *qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur* »¹⁵¹³.

Le droit d'alerte a connu bien des évolutions depuis 1982. D'abord, le droit d'alerte n'est plus une prérogative réservée uniquement au CHSCT. Les autres institutions

¹⁵¹² Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (dite loi AUROUX), *JORF*, 29 octobre 1982, p. 3255.

¹⁵¹³ Art. L.4131-2 du C. trav.

représentatives du personnel (délégués du personnel, comité d'entreprise) détiennent également un droit d'alerte¹⁵¹⁴.

1869. Ce n'est que très récemment en 2007, sous l'impact de plusieurs affaires retentissantes et sous l'influence des règles internationales que le législateur a commencé à poser les prémices d'un droit d'alerte afin de protéger les lanceurs d'alerte mais uniquement dans quelques domaines de protection tels que la santé, l'environnement, la corruption et la fraude fiscale.

1870. Toutefois, le droit d'alerte reste à être consolidé, à être précisé et harmonisé comme l'a souligné le Conseil d'Etat. C'est par une lettre de mission du 17 juillet 2015 que le Premier ministre a confié au Conseil d'Etat la réalisation d'une étude portant sur l'alerte « éthique » afin de dresser un bilan critique du droit d'alerte des personnes ayant agi de bonne foi et qui serait un préalable nécessaire pour envisager de nouvelles dispositions et législations sectorielles¹⁵¹⁵.

A la suite de cette étude, le législateur a adopté une loi du 17 août 2015¹⁵¹⁶ relative au dialogue social et à l'emploi qui a réorganisé et consolidé le droit du droit l'alerte.

1871. Bien que le champ d'application du droit d'alerte a été élargi par la loi du 17 août 2015¹⁵¹⁷, il est impératif que le champ d'application soit davantage élargi aux abus de déséquilibre structurel.

¹⁵¹⁴ Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *JORF*, 2 mars 1984, p. 751 pose le principe selon lequel « lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications ».

¹⁵¹⁵ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, Les études du Conseil d'Etat, *La documentation française* <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2016, p. 81 et s.

¹⁵¹⁶ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (dite loi REBSAMEN), *JORF*, 18 août 2015, p. 14346, (art. 18).

¹⁵¹⁷ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015, *op. cit.*

Le droit d'alerte qu'il soit économique ou social tels qu'il est reconnu par le droit positif écarte du domaine d'application toutes les situations de contrainte économique.

Ce qui est malheureux car le traitement de la contrainte économique serait considérablement amélioré si cet outil s'ouvrait aux situations de contrainte économique permettant ainsi d'améliorer et de faciliter l'action en justice des victimes de la contrainte économique.

1872. Pour élargir le champ d'application aux situations de contrainte économique, il faut commencer déjà par appliquer le droit d'alerte aux relations entre employeur/salarié.

Il ne faut pas oublier le cas particulier des salariés qui sont également victimes de contrainte économique. En effet, l'étude de la notion de violence au travail permet de montrer que la contrainte économique est prise en compte entre salariés mais qu'elle n'est pas prise en compte entre l'employeur et le salarié. Il nécessaire de l'appréhender à ce stade.

Mais il faut aussi et surtout ouvrir le droit d'alerte à toutes situations de contrainte économique et ce sous toutes ses formes. En effet, la contrainte économique ne s'inscrit pas dans le domaine public, elle s'inscrit dans le domaine privé mais elle n'est pas que limitée aux relations employeur/salarié comme c'est le cas aujourd'hui du droit d'alerte. En effet, la contrainte économique s'exprime aussi en droit de la concurrence, qu'en droit de la consommation, en droit pénal des affaires, en droit civil.

1873. Pour cela, il faut créer une procédure particulière du droit d'alerte relative à la contrainte économique rentrant dans les dispositions spéciales du droit d'alerte et sans remettre en cause, le droit commun du droit d'alerte. Il faut faire du traitement de la contrainte économique une matière spéciale du droit d'alerte car elle ne correspond pas et ne peut pas rentrer dans le schéma classique et traditionnel du droit d'alerte.

1874. Par ailleurs, le droit d'alerte tel qu'il est prévu par le droit positif ne peut pas être étendu aux relations employeur/salarié dans le cadre d'une contrainte économique.

En effet, lorsque le salarié est maintenu dans une situation de contrainte économique dans sa relation avec l'employeur par le contrat de travail qui les lie, il est fort compréhensible que le droit d'alerte ne sera jamais utilisé par le salarié souhaitant dénonçant une contrainte économique par peur de représailles. D'ailleurs, quand bien même ce droit d'alerte serait utilisé, il n'aboutirait à rien. En effet, en suivant la procédure actuelle du droit d'alerte et en la « calquant » sur le cas de la contrainte économique, le droit d'alerte ne mènera à rien car la procédure consiste à informer l'employeur de la situation et à lui demander des comptes, il y a donc peu de chance que le droit d'alerte aboutisse.

1875. Il faut donc encourager le salarié victime de contrainte économique à recourir à l'organisation du travail et à se rapprocher des institutions représentatives du personnel qui ne seraient pas soumises à ces représailles et qui bénéficient davantage de moyens. Elles représentent un levier d'influence plus important que le salarié.

1876. En prenant exemple sur l'abus de dépendance économique et l'intervention du ministre de l'Economie et du Parquet qui a permis un regain d'efficacité de ce régime, un système similaire peut être pensé.

Il faut permettre aux salariés un droit d'alerte envers leur employeur via les organismes mis en place dans l'entreprise (conseil des délégués, comité d'entreprise...) afin que ces derniers demandent des comptes à l'employeur. Il faut imaginer le recours à des organismes administratifs ou judiciaires. Par exemple, la possible saisine du ministère du travail, de l'emploi et de la santé qui pourrait prendre le relais. Il dispose effectivement de moyens d'enquêtes très efficaces, des moyens financiers et techniques conséquents et une profonde connaissance juridique de ces sujets.

La loi du 17 août 2015 prévoit d'ailleurs le recours à ces institutions représentatives du personnel¹⁵¹⁸.

1877. Il faut rappeler que les salariés saisissent le juge uniquement dans des cas extrêmes lorsque le contrat ou les conditions sont disproportionnés et que le risque de perdre leur travail est véritable. D'autant plus qu'il existe un garde-fou dont le recours au licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le comportement abusif est difficile à prouver : la plupart du temps il s'agira de menaces ou de chantage de la part de l'employeur.

Le recours à un droit d'alerte élargi à la notion de contrainte économique permettrait de passer outre ce problème relatif à la preuve pour la victime.

1878. Toutefois, les autres situations de contrainte économique ne peuvent être traitées par le droit d'alerte mise en place par le droit positif.

En effet, cette procédure ne correspond pas vraiment avec la réalité de la contrainte économique.

1879. Il faut créer une procédure du droit d'alerte propre à la contrainte économique. En effet, les situations relatives à un abus de dépendance économique, à un abus de position dominante, à un abus de faiblesse, à un abus de vulnérabilité et à la violence économique ne peuvent pas être prises en compte par le droit d'alerte tel qu'il existe. Aussi, il serait judicieux d'envisager une nouvelle procédure propre à la contrainte économique.

1880. Aussi, le recours par toute personne ayant un intérêt à un droit d'alerte et ce de manière anonyme pourrait être envisagé. Il faut aussi ouvrir à toutes personnes, personnes physiques, personnes morales, personnes externes ou internes à une entreprise, une société qui serait victime ou auteur de la contrainte économique un droit d'alerte.

¹⁵¹⁸ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015, *Ibid* (art. 18).

1881. Il préconise également de passer outre la limitation de la protection aux personnes travaillant de manière permanente dans l'entreprise en cause et de permettre aux personnes intervenant ponctuellement de lancer l'alerte tels que les stagiaires ou les intérimaires...¹⁵¹⁹.

Par peur de représailles, par manque de moyens financiers et d'enquêtes ou en raison de la longueur et de la complexité des procédures, les victimes de la contrainte économique abandonnent l'idée d'agir en justice elle-même.

1882. Toutes les alertes pourraient être reçues au sein d'un portail unique qui traiterait toutes les alertes et qui les transmettrait aux autorités administratives ou judiciaires compétentes telles que le Parquet, le ministre de l'Economie, la CEPC, la DGCCRF... qui pourraient prendre le relais et enquêter.

1883. D'ailleurs, dans son étude relative au droit d'alerte, le Conseil d'Etat plaide pour la mise en place d'« *une instance chargée de rediriger, de manière résiduelle, les alertes émises par des personnes ne sachant pas à quelle autorité s'adresser* »¹⁵²⁰. Selon lui, une fois que les dispositifs d'alerte internes épuisés, « *la principale difficulté à laquelle peuvent se trouver confrontés les lanceurs d'alerte tient à l'identification des autorités compétentes pour recevoir et traiter l'alerte* »¹⁵²¹.

En effet, selon les différents champs couverts par le droit d'alerte, les autorités administratives compétentes ne sont pas les mêmes¹⁵²² et les lanceurs d'alerte ne les connaissent pas toutes et peuvent être découragés par la difficulté à les identifier ou par la complexité des procédures.

¹⁵¹⁹ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid.*

¹⁵²⁰ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid.*, p. 66, §3.2.2.

¹⁵²¹ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid.*, p. 66, §3.2.2.

¹⁵²² Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid.*, p. 66, §3.2.2.

Le Conseil d'Etat souhaite que « *les procédures de signalement, internes puis externes* »¹⁵²³ fassent l'objet d'une « *gradation claire, sécurisée et largement accessible* »¹⁵²⁴. En effet, il déclare qu'« *en l'état, les dispositions récentes consacrées à la protection des lanceurs d'alerte ne fournissent pas à ces derniers de mode d'emploi clair quant aux canaux susceptibles d'être saisis* »¹⁵²⁵.

Cela permettrait de favoriser le recours à l'interventionnisme administratif et ministériel et de rendre plus efficace le droit d'alerte tout en protégeant les lanceurs d'alerte dont les mesures de protection doivent être revues à la hausse.

1884. Aussi, en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et de plusieurs législations étrangères telles que le Royaume-Uni ou l'Irlande, le Conseil d'Etat propose un système s'articulant autour de différents canaux successifs.

En effet, le Royaume-Uni a adopté en 1998, le Public Interest Disclosure Act organisé autour de trois paliers. Le premier étant le signalement à l'employeur. Le deuxième étant le signalement auprès d'un régulateur (autorité administrative ou autorité judiciaire) lorsque le premier pallier s'avère être inefficace ou inapproprié. Le troisième pallier consiste en la divulgation au public à condition que le lanceur d'alerte soit protégé par la loi et qu'il soit convaincu que les informations transmises sont fondées et qu'il y a un intérêt public.

De même, pour l'Irlande qui a opté pour un système en palier : signalement à l'employeur, signalement à une personne compétente prescrite par le ministre ou signalement auprès du ministre pour les agents publics, signalement auprès d'un avocat ou d'un représentant syndical, divulgation publique.

Aussi, en prenant exemple sur ces législations, le Conseil d'Etat propose également un système de paliers. Plus précisément une gradation des canaux devant être saisis par les lanceurs d'alerte : « *canal hiérarchique, canal interne spécifique (déontologie, dispositif d'alerte professionnelle, inspection générale), canaux externes (autorité administrative*

¹⁵²³ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 50, §2.3.

¹⁵²⁴ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 50, §2.3 ; p. 56, §3.1.

¹⁵²⁵ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 50, §2.3.1.

compétente, ordres professionnels, autorité judiciaire). La divulgation au public ne saurait être envisagée qu'en dernier recours »¹⁵²⁶.

1885. En s'inspirant des législations étrangères et des propositions du Conseil d'Etat pour associer le droit d'alerte à la contrainte économique, un système en palier basé sur une graduation en trois temps successifs (les canaux internes, les canaux externes et la divulgation au public) peut être pensé.

Les canaux internes et le recours aux institutions représentatives du personnel consistent à transmettre l'information à l'employeur. En cas d'insatisfaction ou si le recours est inapproprié ou impossible, le recours aux canaux externes transmettant l'information aux autorités administratives ou judiciaires est permis.

Les autorités administratives telles que les différents parquets, le ministère de l'Economie, le ministère du Travail, la DGCCRF, la CEPC pourraient former un portail unique des alertes. Ce portail unique pourrait être saisi par toutes personnes ayant épuisé les dispositifs d'alerte internes ou par toutes personnes ne sachant pas vers quelle administration compétente se tourner. Le portail unique transmettrait alors l'alerte à l'administration compétente.

En effet, il devrait être offrir la possibilité aux administrations, DGCCRF et CEPC de recevoir et de traiter l'alerte du moins de mener l'enquête mandatée par le ministre, de prononcer des sanctions administratives en élargissant les domaines concernés par les sanctions administratives à la contrainte économique et de permettre au ministre de saisir la justice si nécessaire.

1886. Il faut permettre au ministre de l'Economie de pouvoir recevoir les alertes relatives à l'abus de position dominante, à l'abus de dépendance économique, à l'abus de faiblesse. Le ministre de l'Economie agit pour la protection de la concurrence, des partenaires économiques et également pour la protection des consommateurs. La protection des

¹⁵²⁶ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 58, §3.1.1.

consommateurs est également une compétence indirecte du ministre de l'Economie car lorsqu'il a été porté atteinte à la concurrence, les consommateurs souffrent également de cette distorsion de concurrence.

Il faut permettre au Parquet pénal de traiter les alertes relatives à un abus de vulnérabilité et de saisir les autorités administratives si nécessaire.

Enfin, il faut permettre au ministère du travail de traiter les alertes relatives à une violence économique ayant lieu dans le cadre d'une relation employeur/salarié ou offrir la possibilité au ministre de saisir la justice quand plusieurs salariés peuvent être concernés ou être dans la même situation permettant ainsi de faire respecter l'ordre public social.

1887. Elargir le champ d'application du droit d'alerte à la contrainte économique ne suffit pas à consolider le droit d'alerte pour encourager les personnes à agir en justice afin de lutter contre les abus de déséquilibre structurel. Il est impératif de repenser également la protection des lanceurs d'alerte. Effectivement, le droit d'alerte sera efficace seulement si les lanceurs d'alerte sont suffisamment protégés.

2. LA PROTECTION DU DONNEUR D'ALERTE À INTENSIFIER

1888. La protection des lanceurs d'alerte doit être améliorée et revue à la hausse.

Pour que cette protection soit complète, il faut que les lanceurs d'alerte soient protégés aussi bien en amont qu'en aval. Il est impératif d'assurer simultanément la protection du lanceur d'alerte afin de lui assurer un exercice pérenne et efficace de son droit d'alerte et d'assurer la protection des personnes ciblées par l'alerte contre un exercice abusif ou malveillant du droit d'alerte.

1889. D'abord, la protection, en amont, réside dans la nature facultative et non obligatoire du droit d'alerte.

Aujourd'hui, selon l'institution représentative du personnel, le droit d'alerte est une faculté dont la mauvaise application peut engager la responsabilité de ses créanciers. Par exemple, le droit d'alerte du comité d'entreprise est facultatif et son abstention ne peut lui être reprochée. Si le comité fait usage de son droit d'alerte de manière inappropriée dégradant l'image de l'entreprise, sa responsabilité peut être engagée si l'entreprise subit un préjudice du fait de l'exercice intempestif du droit d'alerte par le comité d'entreprise. Ainsi, il est inutile de faire du droit d'alerte une obligation car la mise en pratique du droit d'alerte du comité d'entreprise est une prérogative dont la mauvaise mise en oeuvre est déjà sanctionnable.

1890. Par ailleurs, le droit d'alerte du comité d'entreprise est efficace lorsqu'il est mis en oeuvre en temps et en heure. La mise en oeuvre abusive ou malveillante du droit d'alerte peut causer un préjudice à la société et un exercice trop tardif peut le vider de son utilité. Le droit d'alerte se régule donc tout seul. Il est inutile de faire du droit d'alerte un devoir d'alerte.

1891. Ensuite, la protection du lanceur d'alerte passe par la confidentialité et l'anonymat aussi bien du lanceur d'alerte afin de prévenir toutes mesures de rétorsion à l'encontre du lanceur d'alerte que celui de la cible de l'alerte afin d'éviter qu'il ne soit victime d'un préjudice moral et ce, tant que le bien fondé des informations n'est pas vérifié. L'absence de confidentialité aurait un effet dissuasif sur les personnes souhaitant signaler des risques ou des faits répréhensibles dont elles auraient connaissance¹⁵²⁷.

Pour exemple, l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) qui traite, en raison du caractère de santé publique très important et afin d'agir au plus vite, aussi bien les alertes anonymes que les alertes dont l'auteur est identifié. L'ANSES a mis en place un circuit permettant d'enregistrer et

¹⁵²⁷ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 60, §3.2.1.

tracer toutes les alertes, anonymes ou dont l'auteur est identifiable et de les rediriger vers l'autorité compétente¹⁵²⁸.

Dans le cadre de la contrainte économique, la confidentialité du lanceur d'alerte et de la cible de l'alerte dans le cadre de canaux internes et externes doit être assurée autant que faire se peut ou tant que le caractère fondé de l'alerte ne soit pas établi.

1892. De même, le Conseil d'Etat plaide pour que les dispositifs d'alerte puissent garantir une stricte confidentialité des lanceurs d'alerte et que les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne puissent être dévoilés qu'avec son consentement¹⁵²⁹.

1893. La confidentialité et l'anonymat garantis par les dispositifs d'alerte permettaient de prévenir tout préjudice moral injustifié à l'encontre de la cible de l'alerte et de protéger le lanceur d'alerte de toute mesures de représailles.

Il convient de renforcer la protection contre les mesures de rétorsion prises contre les lanceurs d'alerte en organisant, en amont, une protection afin d'éviter ses mesures.

Afin de compléter la protection du lanceur d'alerte, il faut renforcer, en aval, la protection des lanceurs d'alerte. Il s'agit ici de mieux punir les mesures de représailles lorsqu'elles ont eu lieu.

1894. Les dispositifs d'alerte actuels reposent sur l'intervention du juge dont la seule marge de manoeuvre consiste à prononcer la nullité des mesures de rétorsion prises à l'encontre du lanceur d'alerte¹⁵³⁰ et de prononcer des dommages et intérêts afin de réparer le préjudice subi.

¹⁵²⁸ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 48, §2.2.1.

¹⁵²⁹ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 60, §3.2.2.

¹⁵³⁰ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 53, §2.4.1.

Le législateur déclare qu'« aucune personne ayant témoigné ou relaté de bonne foi des risques ou des faits répréhensibles à son employeur ou aux autorités administratives et judiciaires ne pourra faire l'objet de telles mesures »¹⁵³¹.

Le législateur a dressé une liste des actes susceptibles d'être appréhendés comme des mesures de rétorsion (sanction, licenciement, mesure de discrimination...)¹⁵³².

Il a également mis en place un régime de preuve favorable au lanceur d'alerte qui renforce cette protection. Le lanceur d'alerte doit établir des faits permettant de présumer que les mesures dont il a fait l'objet relèvent de mesures de représailles. Il appartient à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers aux signalements émis.

1895. Toutefois, les dispositions législatives actuelles ne retiennent pas toutes une définition identique des mesures de rétorsion. En effet, par exemple, certaines dispositions prévoient que la rupture du contrat de travail ou le licenciement peuvent être considérés comme des mesures de rétorsion¹⁵³³ alors que d'autres dispositions ne les définissent pas comme telles¹⁵³⁴ soumettant ainsi les justiciables à de l'insécurité juridique¹⁵³⁵.

1896. Il est judicieux de prendre certaines mesures assurant un niveau de protection élevé. Aussi, les propositions faites par le Conseil d'Etat semblent particulièrement intéressantes et devraient suffire à assurer la protection du lanceur d'alerte. Le Conseil d'Etat formule ainsi le souhait de voir la loi se doter d'un principe « selon lequel toute mesure de représailles prise par l'employeur à l'encontre d'un lanceur d'alerte de bonne foi est frappée de nullité »¹⁵³⁶. Il rappelle la nécessité de « dresser une liste indicative la plus complète possible de ces mesures et renvoyer au juge le soin d'apprécier, dans chaque

¹⁵³¹ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 53, §2.4.1.

¹⁵³² Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 53, §2.4.1.

¹⁵³³ Art. L.1161-1 du C. trav. ; Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, 12 octobre 2013, p. 16829 (art. 25).

¹⁵³⁴ Art. L.5312-4-2 du C. santé publ. ; Art. L.1132-3-3 du C. trav.

¹⁵³⁵ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 53, §2.4.1.

¹⁵³⁶ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 70 et s., §3.3.1.

cas d'espèce, si les mesures litigieuses entrent dans ces prévisions »¹⁵³⁷ comprenant en outre les sanctions disciplinaires, le licenciement, la révocation et, le cas échéant, le non-renouvellement d'un contrat¹⁵³⁸. Il souhaite également que des procédures de référé d'urgence puissent être introduites aussi bien « auprès des juges judiciaires que des juges administratifs pour que soient prises rapidement les mesures provisoires nécessaires à la protection des lanceurs d'alerte »¹⁵³⁹.

1897. Le Conseil d'Etat souhaite aller plus loin dans la protection du lanceur d'alerte. Pour lui, il faut également protéger les lanceurs d'alerte internes d'être poursuivis pour avoir révélés des informations couvertes par le secret professionnel. En effet, l'article 226-16 du Code pénal sanctionne la révélation d'une information à caractère secret à une personne non habilitée à partager ce secret par un professionnel qui en est dépositaire à moins que « *la loi impose ou autorise la révélation du secret* »¹⁵⁴⁰ ou en lorsqu'un mineur peut être en danger¹⁵⁴¹. Or, les dispositions relatives au droit d'alerte ne prévoit la possibilité expressément de révéler des faits couverts par le secret professionnel.

1898. Pour le Conseil d'Etat, « *il s'agit là d'une limite à la protection accordée aux lanceurs d'alerte, sur laquelle aucune juridiction ne semble encore s'être prononcée et dont le législateur n'a pas encore traité* »¹⁵⁴². Le Conseil d'état déclare à demi-mots la nécessité de combler cette lacune.

¹⁵³⁷ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 70 et s., §3.3.1.

¹⁵³⁸ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 70 et s., §3.3.1.

¹⁵³⁹ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 74, §3.3.4.

¹⁵⁴⁰ Art. 226-14 du C. pén.

¹⁵⁴¹ Art. 226-14 du C. pén. : Le secret professionnel n'est pas opposable à : « 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ; 2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être (...) ; 3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une ».

¹⁵⁴² Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p.64, §3.1.3.

1899. Les dispositifs d'alerte actuels protègent uniquement les lanceurs d'alerte internes. La consolidation de la protection des lanceurs d'alerte ne peut pas se limiter à la protection des lanceurs d'alerte internes tout en niant la protection des lanceurs d'alerte externes. Il faut revoir les dispositifs de protection des lanceurs d'alerte externes.

Alors que les lanceurs d'alerte internes font l'objet de mesures de représailles, les lanceurs d'alerte externes sont souvent la cible de procédure en diffamation. Il faut protéger tous les lanceurs d'alerte internes ou externes. Les lanceurs d'alerte externes, personnes physiques ou personnes morales, font l'objet d'intimidations, de pressions ou de procédures abusives, en diffamation, par la cible de l'alerte.

1900. Le Conseil d'Etat propose d'améliorer la protection des lanceurs d'alerte externes de bonne foi pour qu'ils ne soient pas victimes de procédures abusives en diffamation en invitant le Parquet à faire usage de la possibilité de requérir des sanctions civiles à l'encontre des personnes intentant des procédures abusives¹⁵⁴³.

En tout état de cause, il est impératif d'offrir une protection aux lanceurs d'alerte externes face aux procédures de diffamation intentées à leur encontre dès lors qu'elles sont utilisées comme des mesures de représailles et des tentatives de censure.

1901. Enfin, la consolidation du droit d'alerte nécessite que la protection des lanceurs d'alerte doit être assurée simultanément avec la protection contre les alertes malveillantes ou abusives.

Pour cela, il faut punir les auteurs des alertes abusives ou malveillantes. L'auteur d'une alerte doit être de bonne foi. L'appréciation de la bonne foi ne doit pas s'attacher uniquement aux intentions de l'auteur mais elle doit « *prendre en compte l'élément plus objectif tenant à la croyance raisonnable de cet auteur dans la véracité des faits* »¹⁵⁴⁴ et des informations signalées. Les alertes abusives ou malveillantes peuvent être

¹⁵⁴³ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 72, §3.3.2.

¹⁵⁴⁴ Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, *Ibid*, p. 73, §3.3.3.

sanctionnées par des sanctions disciplinaires de la part de l'employeur ou des sanctions pénales (dénonciation calomnieuse, diffamation...).

Il faut aussi pour cela écarter toute gratification financière des lanceurs d'alerte. En effet, les incitations financières risquent de provoquer une multiplication des alertes abusives ou malveillantes et des comportements opportunistes.

1902. Ainsi, la réforme du droit d'action doit être complétée en élargissant le droit d'action à certaines personnes pouvant d'agir en justice en cas de contrainte économique pour déclencher l'action en justice et permettre à la victime de la contrainte économique de se joindre ou de reprendre l'action par la suite. La création d'un droit d'alerte en cas de contrainte économique et la création d'une action de groupe en cas d'abus de déséquilibre structurel paraissent nécessaires.

B. UNE ACTION DE GROUPE EN CAS DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE À ENVISAGER

1903. L'action de groupe a été introduite par la loi HAMON du 17 mars 2014¹⁵⁴⁵ qui déclarait dans son article premier (et codifié aux articles L.423-1 et suivants dans un premier temps puis aux articles L.623-1 et suivants dans le Code de consommation par l'ordonnance du 14 mars 2016¹⁵⁴⁶). L'article premier de ladite loi HAMON déclare qu'« *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 des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour origine commune un manquement*

¹⁵⁴⁵ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi HAMON), *JORF*, 18 mars 2014, n° 65, p. 5400 (art. 1^{er}).

¹⁵⁴⁶ Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, *JORF*, 16 mars 2016, n° 64.

d'un ou des mêmes professionnels à ses obligations légales ou contractuelles : 1° A l'occasion de la vente de biens 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 »¹⁵⁴⁷.

1904. L'introduction de l'action de groupe en droit de la consommation a été lente. Lancée timidement en 1971¹⁵⁴⁸ par la création de l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs. Puis, en 1992¹⁵⁴⁹ par l'action en représentation conjointe ouverte aux associations agréées de consommateurs. L'idée d'une action de groupe a resurgi en 2005 sans pour autant réellement déboucher « *jusqu'à ce qu'un consensus semble se dégager, manifesté par un projet de loi discuté au Sénat en 2011 et surtout la présentation, courant 2013 d'un projet innovant, global, et surtout constant, sur le droit de la consommation, dont l'action de groupe, en tête du projet* »¹⁵⁵⁰.

1905. Jusqu'ici le consommateur pouvait agir seul en justice pour la réparation d'un préjudice individuel. Plusieurs consommateurs pouvaient également agir ensemble, mais non collectivement, pour obtenir la réparation individuelle de leur préjudice. Plusieurs consommateurs pouvaient également agir ensemble avec l'assistance d'une association de consommateurs pour réclamer la réparation de leur préjudice collectif¹⁵⁵¹.

La loi HAMON du 17 mars 2014¹⁵⁵² a permis à plusieurs consommateurs d'agir en leur nom et pour le nom de tous les consommateurs ayant été victimes des mêmes

¹⁵⁴⁷ Art. L.623-1 du C. cons.

¹⁵⁴⁸ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (dite loi ROYER), *JORF*, 30 décembre 1973, p.14139 (art. 46).

¹⁵⁴⁹ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs (dite loi NEIERTZ), *JORF*, 21 janvier 1992, n° 170017, p. 968 (art. 8).

¹⁵⁵⁰ D. MAINGUY, M. DEPINCE, « L'introduction de l'action de groupe en Droit Français », *JCP E*, 20 mars 2014, n°12, p. 21.

¹⁵⁵¹ D. MAINGUY, *L'action de groupe en droit français, Après la loi HAMON du 17 mars 2014*, coll. Guide Pratique, Lextenso, Paris, 2014, p. 10 et s.

¹⁵⁵² Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi HAMON), *JORF*, 18 mars 2014, n° 65, p. 5400.

manquements légaux ou contractuels par le(s) même(s) professionnel(s) afin d'obtenir la réparation de la somme de tous les préjudices¹⁵⁵³.

La consécration de l'action de groupe répond à une réelle nécessité. En effet, la plupart des consommateurs refusent ou abandonnent l'idée d'une action en justice en raison du préjudice relativement petit qu'ils ont subi, surtout rapporté au coût de la procédure ou en raison de la complexité des procédures et parfois même en raison de l'ignorance de leurs propres droits.

Or, l'action de groupe permet d'améliorer l'accès à la justice des consommateurs en ce sens que non seulement elle vise à encourager les victimes d'agir en justice mais elle facilite également leur action en justice. Elle permet de relativiser le coût et la complexité de la procédure et facilite la preuve.

1906. L'action de groupe permet surtout de rendre véritablement effectifs les droits des consommateurs¹⁵⁵⁴ qui doivent être davantage protégés.

Effectivement, elle permet de prendre en compte et de traiter efficacement les dommages diffus particulièrement présents et caractéristiques du droit de la consommation. L'action de groupe permet de mieux répondre à « *la standardisation et la massification des contrats conclus avec ces consommateurs et donc, par interaction, la standardisation et la massification des violations de leurs achats et des dommages qu'ils sont susceptibles de subir* »¹⁵⁵⁵.

Ainsi, l'action de groupe comme instrument processuel apparaît comme étant particulièrement opportun.

1907. Toutefois, telle qu'elle est envisagée par la loi HAMON, l'action de groupe n'est pas exempte de critiques. Certains aménagements peuvent être proposés pour améliorer

¹⁵⁵³ D. MAINGUY, *op. cit.*, p. 10 et s.

¹⁵⁵⁴ D. MAINGUY, *Ibid*, p. 20 et s ; D. MAINGUY, M. DEPINCE, *Ibid*, p. 21 ; D. MAINGUY, M. DEPINCE, « L'action de groupe, nouvelle procédure du droit français de la consommation », *Dr. et patri.*, n° 236, mai 2014.

¹⁵⁵⁵ D. MAINGUY, *Ibid*, p. 11 et s.

l'action de groupe à la française afin que les victimes de la contrainte économique puissent avoir recours à cet outil processuel efficace.

D'abord, la loi HAMON du 17 mars 2014¹⁵⁵⁶ consacre l'action de groupe uniquement au sein du Code de la consommation, sans en faire un instrument processuel particulier ce qui est regrettable. Il est légitime et opportun de consacrer l'action de groupe au sein du Code de procédure civile afin d'en faire un instrument propre pouvant être utilisé par tous les citoyens.

1908. Par ailleurs, la loi HAMON du 17 mars 2014 limite le cas de la *class action* à la française au domaine du droit de la consommation. Il serait plus opportun de ne pas la limiter l'action de groupe à certains domaines permettant ainsi que les abus de déséquilibre structurel puissent faire l'objet d'action de groupe par les victimes. Il n'y pas vraiment de raison de limiter l'action de groupe au droit de la consommation.

1909. De même, la loi HAMON du 17 mars 2014 limite l'action de groupe à la qualité des parties. Seules sont concernées les relations B to C en excluant toutes les relations B to B.

De même, seules les associations de consommateurs peuvent avoir recours à l'action de groupe. Cette exclusivité réservée aux associations de consommateurs est le fruit de l'évolution législative des actions collectives. Elle permet également d'« éviter toute question sur la qualité à agir »¹⁵⁵⁷ qui leur a été déjà reconnue.

Il est important de plaider pour une meilleure effectivité de l'action de groupe afin de mieux protéger les droits de tous les groupes de personnes. L'action de groupe devrait être ouverte aux relations B to B et ce en droit de la consommation, en droit de la concurrence et en droit civil.

¹⁵⁵⁶ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi HAMON), *JORF*, 18 mars 2014, n° 65, p. 5400.

¹⁵⁵⁷ D. MAINGUY, M. DEPINCE, *Ibid*, p. 21 ; D. MAINGUY, M. DEPINCE, « L'action de groupe, nouvelle procédure du droit français de la consommation », *Dr. et patri.*, n° 236, mai 2014.

Prenons le cas des fournisseurs qui sont des professionnels mais des professionnels dont la situation peut être très semblable à celle des consommateurs. Par peur de représailles de déférencement ou par manque de moyens financiers souvent les fournisseurs abandonnent l'idée d'une action en justice.

1910. Il convient de plaider dans le contexte du traitement de la contrainte économique pour que les associations de fournisseurs puissent également se saisir de cette action de groupe est faire valoir les droits des fournisseurs qui sont méconnus par la grande distribution.

Cette idée est soutenue également par une bonne partie de la doctrine qui voit dans l'action de groupe « *la réalisation effective du droit à réparation de nombreuses victimes de dommages causés du fait de la dépendance* »¹⁵⁵⁸. Parallèlement, l'article L.442-6 I 2° b) du Code de commerce a été invoqué plus fréquemment en raison de la possibilité ouverte au ministre de l'Economie et du Parquet d'agir en justice (cf. Une intervention ministérielle à conserver).

Il est opportun de consolider le droit d'agir en justice des victimes de la contrainte économique et notamment ceux des fournisseurs et donc de conférer un droit d'action au groupe de fournisseurs.

De manière générale, il convient de plaider pour que tout citoyen puisse agir en justice par le biais l'action de groupe peu importe sa qualité.

1911. Par ailleurs, la loi HAMON du 17 mars 2014 ne reconnaît que les préjudices de consommation matériels.

Seuls les préjudices individuels prouvés par les consommateurs qui se sont manifestés seront indemnisés¹⁵⁵⁹ et non la somme de tous les préjudices de tous les consommateurs du groupe comme c'est le cas dans l'action de groupe Outre-Atlantique. Ce qui ne

¹⁵⁵⁸ M. COURTES, *Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats*, Thèse Montpellier, 1999.

¹⁵⁵⁹ D. MAINGUY, *Ibid*, p. 60.

représente qu'une petite partie du préjudice réellement subi¹⁵⁶⁰. Ceci aura un impact important sur le montant de l'indemnisation qui sera relativement faible dans le cas de l'action de groupe.

1912. Seul le préjudice matériel est pris en compte en excluant tout le préjudice moral. Face à la « même violation des mêmes droits », certes le préjudice moral ne peut pas être identique car la particularité du préjudice moral est d'être particulièrement subjectif et propre à un contexte individuel. Il est unique à chaque victime mais un préjudice moral minimum (un préjudice moral subi par toutes les victimes) peut être établi et réparé *a minima*.

Par ailleurs, seuls les préjudices de consommation sont concernés et ce même lorsqu'ils découlent d'une violation d'une pratique anticoncurrentielle. Il faut élargir, ici aussi, les domaines pouvant être connus par l'action de groupe.

1913. Enfin, la loi HAMON du 17 mars 2014 fait le choix d'une action de groupe basée sur le système de l'*opt in* nécessitant que toutes personnes voulant intégrer le groupe doit se manifester et prouver le préjudice individuel dont elle souffre. Ce choix permet de respecter le principe, non absolu¹⁵⁶¹, que « nul ne plaide sans procureur ». L'action de justice nécessite donc un acte positif. Dans ce système, il y a une grande différence entre le préjudice prouvé et le préjudice réel dont souffre une partie des victimes dû à « *la standardisation et à la massification* »¹⁵⁶² des violations des obligations légales ou contractuelles. En effet, seul le préjudice prouvé et ce uniquement des consommateurs qui se sont manifestés est réparé. Ainsi, ce système s'avère être très peu efficace car l'indemnisation est particulièrement faible et concerne qu'un nombre très limité de victimes.

¹⁵⁶⁰ D. MAINGUY, *Ibid*, p. 22.

¹⁵⁶¹ D. MAINGUY, M. DEPINCE, *Ibid*, p. 21 ; D. MAINGUY, M. DEPINCE, « L'action de groupe, nouvelle procédure du droit français de la consommation », *Dr. et patri.*, n° 236, mai 2014.

¹⁵⁶² D. MAINGUY, *Ibid*, p. 11 et s.

1914. Tandis que le système de l'*opt out* retenu Outre-Atlantique recherche la correction d'un comportement illégal et ensuite son indemnisation¹⁵⁶³. Le préjudice qui est réparé représente la somme de tous les préjudices individuels de tous les membres du groupe connus ou inconnus. L'indemnisation obtenue est conséquente et la politique du reliquat peut s'appliquer¹⁵⁶⁴. Il suffit que le consommateur concerné se manifeste près du juge pour être indemnisé. Aussi, en raison de l'indemnisation conséquente et du reliquat sans mentionner la mauvaise presse que toute action de groupe entraîne, le système de l'*opt out* a donc un réel effet dissuasif pour l'auteur.

1915. Ainsi, dans le contexte de traitement de la contrainte économique, il convient d'améliorer le système d'*opt in* de l'action de groupe tel qu'il est retenu aujourd'hui.

Il faut retenir soit le système de l'*opt out* qui semble être le plus adéquat et le plus convaincant car le plus satisfaisant pour l'indemnisation des victimes et pour son effet dissuasif, notamment, pour la sanction d'une faute lucrative. Le seul problème rencontré est le problème relatif au principe selon lequel « personne ne plaide par procureur ». Mais ce principe n'étant pas absolu, une exception peut être formulée¹⁵⁶⁵.

A défaut de retenir le système de l'*opt out*, il convient de plaider pour un système d'*opt in* permettant de prononcer des dommages et intérêts punitifs afin d'améliorer l'effet dissuasif des sanctions (cf. L'admission de dommages et intérêts punitifs : un gain d'efficacité).

¹⁵⁶³ D. MAINGUY, *Ibid*, p. 15 ; D. MAINGUY, M. DEPINCE, *Ibid*, p. 21.

¹⁵⁶⁴ D. MAINGUY, *Ibid*, p. 15 : le reliquat est « la différence entre la dette globale de réparations éventuellement augmentée de dommages et intérêts punitifs, et la créance réelle d'indemnisation présentée par les consommateurs qui se sont manifestés » ; D. MAINGUY, M. DEPINCE, *Ibid*, p. 21 ; D. MAINGUY, M. DEPINCE, « L'action de groupe, nouvelle procédure du droit français de la consommation », *Dr. et patri.*, n° 236, mai 2014.

¹⁵⁶⁵ D. MAINGUY, M. DEPINCE, *Ibid*, p. 21 ; D. MAINGUY, M. DEPINCE, « L'action de groupe, nouvelle procédure du droit français de la consommation », *Dr. et patri.*, n° 236, mai 2014.

C'est deux aménagements offrirait à l'action de groupe un effet dissuasif, punitif et indemnitaire. Ainsi aménagée, l'action de groupe serait non seulement légitime mais également opportune dans le traitement de la contrainte économique.

1916. En somme, l'action de groupe est nécessaire à bien des égards. Elle permet d'améliorer l'accès à la justice de certaines victimes comme les consommateurs et les fournisseurs qui abandonnent trop souvent l'idée d'une action en justice en raison du coût et de la complexité des procédures, de la peur de représailles et de la difficile administration de la preuve.

Elle permettrait, dans le cadre du traitement des abus de déséquilibres structurel de rétablir le déséquilibre des forces entre les auteurs et les victimes de la contrainte économique en renforçant les moyens juridiques de lutte contre la contrainte économique.

En effet, la standardisation et la massification des violations des obligations légales ou contractuelles des droits des consommateurs s'appliquent également aux fournisseurs victimes de la grande distribution qui a tendance à pérenniser ces violations par le biais des contrats d'adhésion.

L'action de groupe permet de remplir une fonction punitive en sanctionnant la violation des obligations légales ou contractuelles de l'auteur. Elle remplit également une fonction indemnitaire en permettant aux victimes d'obtenir réparation de leur préjudice. Toutefois, l'action de groupe, telle que retenue par la loi HAMON, n'est pas dissuasive. Il faudra pour cela procéder à quelques aménagements. Soit en passant du système d'*opt in* au système d'*opt out*. Soit en aménageant le système d'*opt in* en y associant le recours à des dommages et intérêts punitifs. C'est uniquement ainsi que l'action de groupe aura un effet dissuasif sur les auteurs de la contrainte économique.

1917. Par ailleurs, peu importe que le système retenu soit un système d'*opt in* ou d'*opt out*, il est nécessaire d'ouvrir le domaine d'application de l'action de groupe et permettre à tous groupes de personnes d'agir en justice par le biais une action de groupe notamment pour le traitement de la contrainte économique. Le domaine d'application de l'action de

groupe devrait être étendue à tous les citoyens, personnes physiques ou personnes morales, consommateurs ou professionnels, relations B to C ou B to B, sans se limiter au droit de la consommation, au droit de la santé ou au droit de l'environnement.

1918. Le droit d'action des victimes peut être renforcé en permettant aux autorités administratives, expertes en matière de contrainte économique, de se saisir des affaires dans le but d'accompagner et voire même de faciliter les victimes dans l'exercice de leur action dans le but de pallier les difficultés rencontrées qu'elles rencontrent et qui les empêchent bien souvent d'agir en justice.

PARAGRAPHE II. UN RECOURS À L'INTERVENTIONNISME DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES À ENCOURAGER

1919. Le traitement de la contrainte économique doit être accompagné en amont et en aval par un interventionnisme administratif et judiciaire. Effectivement, afin d'encourager l'action en justice des victimes de contrainte économique, il faut faciliter leur accès en justice. Pour ce faire, il faut répondre aux difficultés les empêchant d'agir en justice en cas de contrainte économique (une difficile administration de la preuve, des moyens financiers limités, des procédures trop longues, trop complexes et confuses, la peur de représailles).

1920. En amont, l'interventionnisme administratif doit être sollicité par le recours à certaines autorités administratives telles que la CEPC et la DGCCRF afin d'améliorer les moyens d'agir en justice en renforçant les moyens, la qualité et les pouvoirs d'enquêtes. Il faut que la lutte contre les abus de déséquilibre structurel soit déterminée comme nouvelle mission de priorité. Il faut davantage solliciter ces administrations et tirer profit

de leurs capacités de lutte contre les abus de déséquilibre structurel qui est l'un de leurs domaines de prédilection (B). Par ailleurs, l'interventionnisme administratif doit être également sollicité par le recours à l'interventionnisme ministériel en renforçant l'action d'agir en justice du ministre. L'intervention ministérielle doit être encouragée (A).

1921. Le recours à l'interventionnisme administratif qu'il permet de stimuler l'action en justice des justiciables, de rendre plus aisée cette action en justice. L'interventionnisme administratif permet d'accompagner les justiciables dans la lutte contre la contrainte économique, les encourager à agir en justice et faciliter l'action en justice.

A. UNE INTERVENTION MINISTÉRIELLE À CONSERVER

1922. L'interventionnisme ministériel représente un élément particulièrement important dans le traitement de la contrainte économique. Il permet de renforcer la réception des abus de déséquilibre structurel.

1923. En effet, le ministre dispose de prérogatives particulières, de pouvoirs d'enquêtes extraordinaires, de moyens financiers relativement importants dont les parties au contrat ne disposent pas et notamment les fournisseurs, principales victimes de la toute puissance de la grande distribution. Le ministre peut se substituer aux fournisseurs quand ils n'ont pas les moyens d'entamer ou de continuer une procédure judiciaire ou ont peur de mesures de rétorsion de la part des distributeurs.

1924. L'action du ministre doit être conservée et exploitée dans le cadre de la lutte contre la contrainte économique afin d'encourager et de faciliter l'accès en justice des victimes

de la contrainte économique. D'ailleurs, contrairement à la légitimité de l'action du ministre qui est un sujet important de débat notamment en jurisprudence (1), l'efficacité et l'opportunité de l'action du ministre sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce n'est plus à prouver (2).

1. UNE LÉGITIMITÉ CONTESTÉE DE L'INTERVENTIONNISME MINISTÉRIEL

1925. La légitimité de l'action du ministre à intervenir et à mener une action au nom de certaines victimes est régulièrement contestée à plusieurs égards par les juges du fond. Pour mettre un terme à cette discussion houleuse, le Conseil constitutionnel, la CEDH et les Hauts magistrats de la Cour de cassation ont affirmé à plusieurs reprises et de manière constante une position contraire aux juges du fond. Ils ont consacré la légitimité de l'action du ministre (a).

1926. Toutefois, l'action du ministre quant au droit d'agir en justice des fournisseurs soulève quelques interrogations.

Des interrogations auxquelles le Conseil constitutionnel, la CEDH et les Hauts magistrats ont répondu. Ils ont, effectivement, entendu la nécessité de renforcer la légitimité de l'action du ministre en opérant quelques changements afin de créer un équilibre entre légitimité et opportunité de l'action du ministre afin que l'interventionnisme ministériel demeure un outil de traitement des abus ayant lieu durant la négociation contractuelle dont les situations de contrainte économique (b).

a. Une légitimité discutée en jurisprudence

1927. L'article L.442-6 III du Code de commerce consacre l'intervention ministérielle : « *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'Economie 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 article* »¹⁵⁶⁶. Ainsi, la loi NRE de 2001 a doté le ministre de l'Economie d'un droit d'ester en justice au titre de l'article L.442-6 du Code de commerce.

1928. L'intervention ministérielle était déjà consacrée par le législateur mais dans une moindre mesure. L'article L.470-5 du Code de commerce prévoit un droit d'intervention du ministre de l'Economie dont l'action n'est alors qu'accessoire à celle du fournisseur qui s'éteint en même que s'éteint l'action principale¹⁵⁶⁷. L'article L.442-6 III prévoit un droit d'action du ministre c'est-à-dire qu'il peut déclencher lui-même l'action. Il s'agit d'une action principale qui lui est propre.

¹⁵⁶⁶ Art. L.442-6, III, al. 2nd du C. com. : « *Lors de cette action, le ministre chargé de l'Economie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander 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. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

¹⁵⁶⁷ E. CHEVRIER, « Le ministre de l'économie ne peut se passer d'un avocat ! », *D.*, 2001, chron. p. 2673 ; *Com.*, n° 03-11369, 7 juillet 2004, *Ministre de l'Economie c/ Syndicat des détaillants spécialistes du disque*, *JurisData* n° 2004-024594, *CCC*, décembre 2004, n° 12, comm. 179, « Précision sur le rôle du ministre de l'économie prévu par l'article L.470-5 du code de commerce » obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

1929. Bien que la doctrine ait majoritairement souligné l'illégitimité de l'intervention ministérielle prévue à l'article L.442-6 III, la question a fait débat parmi les juges du fond.

L'intervention ministérielle a suscité beaucoup de critiques dans le cadre d'actions intentées sur le fondement du livre IV du Code de commerce autrement dit dans le cadre de la lutte contre les abus de déséquilibre durant la négociation contractuelle essentiellement de la part des distributeurs qui ont tenté de mettre un frein à ce soutien ministériel de l'article L.442-6 III du Code de commerce aux fournisseurs.

Les détracteurs de l'interventionnisme du ministre ont remis en cause les prérogatives offertes par l'article L.442-6 III du Code de commerce d'intenter une action sur le fondement du livre IV du Code de commerce de manière principale ou accessoire. Pour cela, ils ont questionné la recevabilité même de l'action du ministre.

1930. Ils ont remis en cause la recevabilité de l'action du ministre de l'Economie au motif qu'elle porterait atteinte à la liberté d'entreprendre, aux droits de la défense et de l'égalité des armes, et au droit de la propriété.

1931. La Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 3 mai 2007¹⁵⁶⁸ et la Cour d'appel d'Angers dans un arrêt du 29 mai 2007¹⁵⁶⁹ ont, en contradiction avec la position du législateur consacrée par la loi NRE de 2001 à l'article L.442-6 III, jugé irrecevable l'interventionnisme du ministre de l'Economie à agir en nullité, en restitution des sommes perçues. La juridiction versaillaise a également jugé irrecevable l'action du ministre en amende civile au motif que l'amende est, ici, accessoire à la nullité.

¹⁵⁶⁸ Versailles, n° 05/09223, 3 mai 2007, SA Coopération groupements d'achats des centres Leclerc (GALEC) c/ Ministre de l'Economie, *JurisData* n° 2007-333342.

¹⁵⁶⁹ Angers, n° 06/00563, 29 mai 2007, SA Finamo c/ Ministre de l'Economie, *JurisData* n° 2007-342249.

1932. Ces juridictions considèrent comme irrecevable l'action menée par le ministre de l'Economie aux motifs que l'action du ministre porte atteinte à l'article 6 §1 de la CEDH en ce sens qu'elle entrave le droit de ne pas agir en justice des fournisseurs.

Ce qui est reproché au ministre est le fait d'agir en justice en invoquant l'article L.442-6 III sans le consentement du ou des fournisseur(s) en cause.

1933. La Cour d'appel de Versailles retient que, par le biais de cette action, le ministre « *recherchait le rétablissement des fournisseurs dans leurs droits patrimoniaux individuels afin de défendre et de restaurer l'ordre public économique prétendument troublé par les transactions intervenues entre eux et le GALEC et qu'il avait introduit cette action de substitution sans en informer les fournisseurs titulaires des droits et qu'il a poursuivi la procédure sans les y associer alors que dix-sept d'entre eux avaient expressément exprimé leur volonté contraire en violation de l'article 6 § 1 de la Convention qui garantit à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement devant un tribunal indépendant et impartial qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil* ».

1934. Les raisons de l'irrecevabilité tiennent en deux causes principales, l'atteinte aux droits de chacun d'agir en justice et celle de l'intérêt à agir. La possibilité offerte au ministre d'intervenir porte atteinte au droit d'agir dont chacun jouit. Or, l'article 31 du Code de procédure civile¹⁵⁷⁰ et l'article 6 de la CEDH¹⁵⁷¹ consacrent le droit d'agir en

¹⁵⁷⁰ Art. 31 du CPC : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ».

¹⁵⁷¹ Art. 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales (dite Convention européenne des droits de l'homme ou CEDH), Rome, 4 novembre 1950, *Cour européenne des droits de l'Homme* <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fra>> : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

justice pour toute personne. De plus, le droit d'agir en justice a valeur constitutionnelle¹⁵⁷².

1935. En tant que droit, il comporte également un versant négatif : celui de ne pas agir en justice¹⁵⁷³. Il s'agit ici d'un droit qui porte en lui-même la liberté d'exercer ce droit ou de ne pas exercer ce droit.

Or, en offrant au ministre de l'Economie un droit d'action, l'article L.442-6 III portait atteinte au droit d'agir ou de ne pas agir en justice des fournisseurs et ce même quand il réclame la nullité des conventions illicites, la répétition des sommes indûment payées et la réparation du préjudice subi sur le fondement de l'article L.442-6 III.

La Cour d'appel de Versailles¹⁵⁷⁴ et la Cour d'appel d'Angers¹⁵⁷⁵ prennent comme visa l'article 6 §1 de la CEDH et déclarent que l'article L.442-6 III met à mal le droit de ne pas agir en justice. Il est indéniable qu'en permettant au ministre de déclencher l'action sans le consentement du fournisseur, il porte une atteinte à son droit de refuser d'ester en justice. Ce qui pour les juges du fond porte atteinte aux droits des fournisseurs de ne pas agir en justice d'autant plus que lorsque les fournisseurs en cause ont refusé l'intervention du ministre (ce fut le cas des affaires GALEC : 17 fournisseurs sur 28 étaient contre l'intervention du ministre).

Seule une atteinte justifiée, limitée et proportionnée à l'objectif poursuivi peut être acceptée au droit d'agir en justice.

1936. La divergence de position au sein de la jurisprudence se comprend comme une tentative d'indépendance des juges du fond vis-à-vis du législateur. Toutefois, cette

¹⁵⁷² Cons. const., n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, *JORF*, 26 janvier 1994, p. 1382 : en le rattachant à l'article 16 de la DDHC de 1789.

¹⁵⁷³ D. DE BECHILLON, C. JAMIN, « La convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.*, 2007, chron. p. 2313.

¹⁵⁷⁴ Versailles, n° 05/09223, 3 mai 2007, SA Coopération groupements d'achats des centres Leclerc (GALEC) c/ Ministre de l'Economie, *JurisData* n° 2007-333342.

¹⁵⁷⁵ Angers, n° 06/00563, 29 mai 2007, SA Finamo c/ Ministre de l'Economie, *JurisData* n° 2007-342249.

tentative a été matée par le Conseil constitutionnel qui s'est rangée du côté du législateur et qui a réaffirmé sans équivoque sa position.

Le Conseil constitutionnel, saisi par la Cour de cassation par un arrêt du 8 mars 2011¹⁵⁷⁶, a affirmé dans une décision du 13 mai 2011¹⁵⁷⁷ la recevabilité de l'action du ministre en déclarant la constitutionnalité de l'action du ministre vis-à-vis des libertés et principes garantis par la Constitution.

1937. Le Conseil constitutionnel reconnaît que l'action du ministre porte atteinte à la liberté d'entreprendre mais il estime que cette atteinte n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi qui est de réprimer les pratiques restrictives de concurrence, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la réitération de ces pratiques¹⁵⁷⁸.

1938. De plus, le Conseil constitutionnel estime que l'action du ministre ne remet pas en cause les droits de la défense et de l'égalité des armes. Il déclare que l'action du ministre n'interdit « *ni au partenaire lésé par la pratique restrictive de concurrence d'engager lui-même une action en justice (...) ou de se joindre à celle de l'autorité publique par voie d'intervention volontaire, ni à l'entreprise poursuivie d'appeler en cause son cocontractant, de le faire entendre ou d'obtenir de lui la production de documents nécessaires à sa défense ; que, par conséquent, elles ne sont pas contraires au principe du contradictoire* »¹⁵⁷⁹. Par ailleurs, il rappelle que « *ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés,*

¹⁵⁷⁶ Com., n° 10-40070, 8 mars 2011, *Bull. civ.*, 2011, IV, n° 37.

¹⁵⁷⁷ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, Sct Système U Centrale Nationale et autre, *JORF*, 13 mai 2011, p. 84.

¹⁵⁷⁸ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, *op. cit.*, considérant 5 : « *eu égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assignés, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales ; que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions contestées n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » .

¹⁵⁷⁹ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, *Ibid*, considérant 8.

*dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux exigences constitutionnelles susvisées »*¹⁵⁸⁰.

1939. Ainsi, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action lorsque la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés sont réclamées par le ministre, l'action du ministre ne porte pas atteinte aux droits d'agir en justice des fournisseurs. En somme, dans le cas où le ministre exerce une action en justice sur le fondement de l'article L.442-6 et réclame la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices, il n'y aura atteinte au droit d'agir en justice des fournisseurs qu'à condition qu'il n'en informe pas les fournisseurs concernés.

1940. Cette position est retirée par la Cour Européenne des Droit de l'Homme dans une décision du 17 janvier 2012¹⁵⁸¹, qui affirme à son tour la conformité de l'action du ministre à l'article 6 de la CEDH relatif au droit de la défense. La Cour déclare que : « *le ministre agit avant tout en défense de l'ordre public économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs* » et que par ailleurs, les contractants lésés conservant la faculté d'agir en justice eux-même, il n'y a aucune atteinte aux droits de la défense dès lors qu'ils ont été informés de l'action intentées par le ministre. Cette position est depuis constante¹⁵⁸².

¹⁵⁸⁰ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, *Ibid*, considérant 9.

¹⁵⁸¹ CEDH, n° 51255/88, 17 janvier 2012, Société GALEC c/ France, *JurisData* n° 2012-006077.

¹⁵⁸² Com., n° 11-40029, 12 juillet 2011, Sociétés Carrefour France, Carrefour Hypermarchés, CSF, Prodim et Interdis c/ Ministre ; Trib. com. Lille, n° 2009-05105, 27 octobre 2010, SAS Eurauchan c/ Ministre : concernant les moyens d'enquête à la disposition du ministre. Le Tribunal a précisé que l'action du ministre respecte le principe d'égalité des armes car les « *les pouvoirs d'enquête de la DGCCRF sont soumis à une réglementation précise (Titre V Livre IV, articles L.450-1 et suivants du Code de commerce)*. Notamment, ses agents sont accrédités. Un double des procès-verbaux d'enquête est laissé aux parties ».

1941. Enfin, s'agissant du droit de la propriété, le Conseil constitutionnel estime que l'action du ministre ne porte pas atteinte au droit de propriété en cas de demande en restitution des sommes indûment payées comme le soulignait les distributeurs dès lors que « *les sommes indûment perçues et les indemnités sont versées au partenaire lésé ou tenues à sa disposition* »¹⁵⁸³.

1942. Les critiques relatives à l'action du ministre portent également sur la recevabilité de l'action du ministre en appel. La jurisprudence est intervenue pour répondre à certaines interrogations quant à sa capacité à interjeter appel et les modalités de cet appel.

1943. D'abord sur la forme de l'appel, il faut noter que l'action du ministre en appel est recevable même s'il n'a pas été nommément désigné dès lors qu'il est représenté en première instance¹⁵⁸⁴. De plus, pour la Cour d'appel de Paris, l'action en appel du ministre au-delà des délais légaux est recevable dès lors que l'appel incident provoqué remet en cause les droits du ministre et lui donne un intérêt nouveau à agir¹⁵⁸⁵.

1944. Ensuite sur le fond de l'appel, la Cour d'appel de Paris a reconnu au ministre la capacité de se maintenir en appel sans procéder par voie d'appel principal ou incident dès lors qu'il a déposé en première instance des conclusions dans le cadre de la protection générale de l'ordre public économique¹⁵⁸⁶.

La Cour d'appel est de nouveau intervenue pour préciser dans un second arrêt que l'action du ministre est irrecevable en appel dès lors qu'en première instance l'action du ministre s'est limitée à une simple intervention et que l'action n'a pas été engagée à titre principal. Le ministre doit se limiter à formuler en appel des observations par voie de conclusions et à produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸³ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, *Ibid*, considérant 13.

¹⁵⁸⁴ Paris, n° 13-12160, 25 mars 2014.

¹⁵⁸⁵ Paris, n° 13-24342, 9 avril 2014.

¹⁵⁸⁶ Paris, 25 novembre 2010.

¹⁵⁸⁷ Paris, n° 09-28449, 16 juin 2011.

La décision de la Cour d'appel a été censurée par la Cour de cassation qui déclare recevable l'appel du ministre aux motifs qu'agissant en première instance le ministre avait qualité de partie même s'il avait demandé le versement d'une amende civile s'il était intervenu à une instance pendante¹⁵⁸⁸.

1945. Ainsi, le ministre peut interjeter appel indépendamment du fait qu'il soit juste intervenu à une action pendante en première instance dès lors qu'il avait, lors de la première instance, formulé des prétentions.

Par conséquent, la qualité de partie n'est pas tributaire de la nature principale ou accessoire de l'action en première instance mais de la formulation de prétentions.

1946. L'article L.442-6 du Code de commerce entretient une confusion quant à la logique à laquelle il obéit. L'article L.442-6 semble être imprégné d'une logique contractuelle et une logique concurrentielle en raison de l'alinéa 2 de l'article L.442-6 III qui offre un droit d'action au ministre de l'Economie.

1947. Certains parlent même de « *résurgence de la logique concurrentielle en droit des pratiques restrictives de concurrence* »¹⁵⁸⁹. L'intervention du ministre, gardien de l'ordre public économique, pour demander le versement d'une amende civile en s'appuyant sur le mécanisme civil de la responsabilité semble quelque peu étonnante. Il s'agit d'une ingérence administrative qui s'explique pour les pratiques anticoncurrentielles est illustratrice des pratiques anticoncurrentielles mais non des pratiques restrictives de concurrence. L'ingérence du ministre a pour but à l'origine de protéger le fonctionnement de la concurrence et donc de protéger l'ordre public économique et non de protéger les intérêts individuels des fournisseurs.

¹⁵⁸⁸ Com., n° 11-21743, 4 décembre 2012, FS+P+B, *Bull. civ.*, IV, n° 216.

¹⁵⁸⁹ A.-S. CHONE, *Les abus de domination*, Economica, 2010, p. 60 et s.

Toutefois, le but du droit d'action offert au ministre par l'article L.442-6 III du Code de commerce poursuit comme objectif dans certains cas la protection des fournisseurs. Ayant peur des représailles de déréférencement de la part des distributeurs, les fournisseurs n'osent pas invoquer ce régime ou très rarement bien qu'étant en situation d'abus de dépendance économique.

1948. Ainsi, face à la frilosité des fournisseurs qui est une des causes principales de l'échec du régime de l'abus de dépendance économique, le législateur a décidé d'ouvrir l'action au ministre de l'Economie afin de rendre ce régime plus effectif en permettant au ministre d'agir non seulement pour l'ordre public économique mais également pour le compte des fournisseurs afin de pallier les difficultés qu'ils peuvent rencontrer. Le législateur permet au ministre d'intenter une action accessoire (comme le permettait déjà l'article L.470-5 du Code de commerce) et une action principale. Le ministre pourra demander notamment la nullité des clauses illicites, la rescision des sommes indûment payées et le versement de dommages et intérêts auquel cas, la jurisprudence¹⁵⁹⁰ lui impose d'informer les fournisseurs concernés car il agit pour le compte des fournisseurs et il intervient alors dans la sphère contractuelle. Ici, l'objet de la protection est clairement les intérêts des fournisseurs davantage que la protection de l'ordre public économique comme le rappelle régulièrement la jurisprudence.

1949. Dans un arrêt du 5 décembre 2000, la Cour de cassation déclare que : « *le pouvoir d'agir du ministre dans l'exercice de sa mission de gardien de l'ordre public économique ne peut tendre qu'au rétablissement dudit ordre public économique par la seule cessation des pratiques illicites et ne lui donne pas la faculté de se substituer aux victimes des pratiques discriminatoires pour évaluer, à leur place, le préjudice causé par les agissements restrictifs de concurrence et en solliciter la réparation, que les dispositions légales applicables ne lui donnent pas davantage le pouvoir de solliciter la restitution des prix et valeurs des biens en cause, aux lieu et place des victimes* »¹⁵⁹¹. La Cour de

¹⁵⁹⁰ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011 ; CEDH, n° 51255/88, 17 janvier 2012, Société GALEC c/ France, *JurisData* n° 2012-006077 ; Com., n° 966F-D, 9 octobre 2012.

¹⁵⁹¹ Com., n° 9817705, 5 décembre 2000.

cassation souligne cette distinction tout en laissant le doute entre celle que le ministre opère en tant que gardien de l'ordre public économique, et celle qu'il opère dans le but de protéger les fournisseurs bien que la jurisprudence ne le reconnaisse pas clairement.

1950. A la suite de l'arrêt de 2000, plusieurs juges du fond ont déclaré que la présence des fournisseurs était nécessaire. La Cour de cassation réitère et clarifie sa position à l'occasion de l'affaire GALEC. Ainsi, dans un arrêt du 8 juillet 2008¹⁵⁹², la Haute juridiction réaffirme sa position et s'aligne sur la position du législateur : « *l'action du ministre chargé de l'Economie, (...), est 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* ».

1951. Dans une décision du 13 mai 2011, le Conseil constitutionnel a également répondu de manière beaucoup plus nuancée quant au double objectif de l'action du ministre. En effet, il déclare qu' « *il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public ; que ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux exigences constitutionnelles susvisées* ».

1952. La position du Conseil constitutionnel n'est pas claire. Il semblerait que dans un premier temps, il affirme que l'action du ministre permet la défense de l'intérêt général et il souligne que « *dans l'exercice de ce pouvoir* » rien n'interdit au ministre de réclamer

¹⁵⁹² Com., n° 07-16761, 8 juillet 2008, *Ministre de l'Economie c/ Sté coopérative Groupement d'achats des centres Leclerc (GALEC)*, *JurisData* n° 2008-044791 ; G. DECOCQ, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, 23 juillet 2009, n° 30, p. 1739.

la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices mais à condition, pour éviter toute atteinte au droit d'agir en justice ou à la liberté contractuelle d'informer les fournisseurs car le ministre intervient alors dans la sphère contractuelle. Dès lors, il semblerait qu'il agit plus pour la défense des intérêts individuels des fournisseurs que pour la défense de l'intérêt général. Il semblerait qu'il y ait bien un double objectif de l'action du ministre que la jurisprudence n'est pas prête à reconnaître clairement mais auquel elle semble faire illusion très timidement.

1953. Enfin, selon l'article 30 du Code de procédure civile, le droit d'agir nécessite l'intérêt à agir et la qualité à agir. Les solutions dégagées par les juges du fond mais également par la Cour de cassation reposent sur ce lien.

Concernant la qualité à agir, le législateur offre au ministre la qualité à agir.

Cette qualité est confirmée par la jurisprudence. Dans un arrêt du 4 décembre 2012, la Cour de cassation a déclaré recevable l'appel du ministre au motif qu'en première instance, le ministre avait qualité de partie et ce, même s'il est intervenu à une instance pendante pour réclamer le versement d'une amende civile¹⁵⁹³. Le ministre peut interjeter appel peu importe du fait qu'il soit intervenu à une action pendante en première instance dès lors qu'il avait, lors de la première instance, formulé des prétentions. En somme, la qualité de partie ne dépend pas de la nature principale ou accessoire de l'action en première instance mais de la formulation de prétentions.

1954. La question de l'intérêt à agir est intimement liée voire dépend complètement de la nature et de la finalité de l'action.

L'intérêt à agir nécessite davantage de développements. L'intérêt à agir peut se définir comme « *le profit ou l'utilité que l'action est susceptible de procurer au plaideur* »¹⁵⁹⁴. Aussi, si aucun profit n'est tiré de l'action, il est normal que l'action soit déclarée

¹⁵⁹³ Com., n° 11-21743, 4 décembre 2012, FS+P+B, *Bull. civ.*, IV, n° 216.

¹⁵⁹⁴ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 4^{ème} éd., Litec, Paris, 2004.

irrecevable. Il y a un lien direct entre l'intérêt à agir et la finalité poursuivie par l'action du ministre. Quel est le but de son action ? Quel est l'objectif poursuivi par le ministre lorsqu'il a recours à l'action prévue par l'article L.442-6 III du Code de commerce ? Cela dépend essentiellement de ses prétentions.

1955. Si à l'occasion de son action, le ministre demande la cessation des pratiques illicites, la condamnation à une amende civile, alors la finalité de l'action du ministre est la protection de l'ordre public économique. L'action du ministre est alors une action autonome qui ne nécessite pas le consentement des fournisseurs comme l'affirme le Conseil constitutionnel¹⁵⁹⁵. Toutefois, cette action du ministre est critiquable au regard de la finalité de l'article L.442-6 du Code de commerce sur le fondement duquel l'action est intentée et au regard des pratiques restrictives de concurrence car la finalité affichée de l'article L.442-6 est la protection des partenaires économiques c'est-à-dire la protection des intérêts individuels des fournisseurs.

1956. Si à l'occasion de son action, le ministre réclame la nullité des clauses illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices et le versement des dommages et intérêts, la finalité de l'action du ministre est la protection des intérêts individuels des fournisseurs. L'action devrait être une action de substitution. Ce que, par ailleurs, les juges du fond avaient retenu dans l'affaire GALEC. Ici, le législateur offre au ministre une action principale ou accessoire pour pallier les difficultés rencontrées par les fournisseurs qui n'osent pas agir en justice. Dans ce cas, l'action du ministre sans avoir demandé le consentement des fournisseurs ne semble pas recevable.

1957. Pourtant deux remarques peuvent être faites : la première consiste à souligner qu'il n'est pas rare que des dispositions légales permettent d'agir en justice pour le compte de quelqu'un sans le consentement de ce dernier¹⁵⁹⁶. C'est le cas de l'action pour les

¹⁵⁹⁵ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, *Ibid.*

¹⁵⁹⁶ C. CARON, G. DECOQ, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, 25 octobre 2007, n° 43, p. 2303.

incapables et pour les personnes morales par le biais de leurs représentants, c'est également le cas pour les associations dotées de la faculté d'ester en justice pour la défense d'intérêts collectifs, de l'action *ut singuli* des associés, de l'action oblique, de l'action consécutive à une subrogation...

La seconde remarque consiste à relever que dans cette hypothèse l'intervention du ministre est vidée de tout son intérêt et de son efficacité. Il faut rappeler que le législateur a offert un droit d'action au ministre de l'Economie pour pallier la peur de représailles des fournisseurs en raison desquelles ils n'osent pas invoquer l'article L.442-6 I du Code de commerce. De plus, les rares fois où les fournisseurs osent, ils n'ont pas les mêmes moyens financiers et d'enquête que le ministre.

Si l'interprétation de l'article L.442-6 III a pour conséquence de requérir le consentement du fournisseur cela n'a aucun intérêt car les fournisseurs n'invoqueront pas cet article par eux-mêmes et refuseront de donner leur consentement au ministre aux fournisseurs concernés.

1958. Pour pallier cette peur des fournisseurs tout en assurant leur protection et conserver l'opportunité que représente l'interventionnisme ministériel, la jurisprudence a tenté de renforcer la légitimité de l'action du ministre en lui imposant une obligation d'information sur le ministre dès lors qu'à l'occasion de son action, il demande la nullité des conventions illicites, les restitutions des sommes indûment payées et le versement de dommages et intérêts.

1959. La jurisprudence¹⁵⁹⁷ impose cette obligation d'information au ministre lorsqu'il demande la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment payées et la réparation des dommages et intérêts car il intervient et interfère dans la sphère contractuelle. Le but étant de pallier l'atteinte à la sphère contractuelle et l'atteinte au droit d'agir en justice des fournisseurs. Dans ce cas la jurisprudence ne requière pas le

¹⁵⁹⁷ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, *Ibid* ; CEDH, n° 51255/88, 17 janvier 2012, Société GALEC c/ France, *JurisData* n° 2012-006077 ; Com., n° 966F-D, 9 octobre 2012.

consentement des fournisseurs mais seulement que les fournisseurs soient informés de l'action en cours.

1960. La jurisprudence a tenté d'allier légitimité et efficacité en permettant certes au ministre d'interférer dans la sphère contractuelle pour réclamer la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment payées et la réparation des dommages et intérêts et donc pour pallier aux difficultés rencontrées par les fournisseurs à agir en justice (efficacité) mais à condition d'informer les fournisseurs concernés (légitimité) pour permettre à ces-derniers de se joindre à l'action s'ils le souhaitent. Ainsi, l'action du ministre ne porte pas atteinte au droit d'agir ou de ne pas agir du ou des fournisseurs.

1961. Ce qui se confirme par la nature de l'action du ministre. Concernant la nature de l'action du ministérielle, la Cour d'appel de Paris déclarait, dans une décision 25 mai 2011¹⁵⁹⁸, que l'action du ministre « *n'est manifestement pas contractuelle ou quasi contractuelle ; qu'elle ne résulte pas de « l'autorité seule de la loi » ; qu'elle ne peut donc être que délictuelle ou quasi délictuelle* ». L'intervention ministérielle ne relève pas de l'ordre contractuel ou quasi-contractuel mais de l'ordre délictuelle ou quasi-délictuelle.

1962. Par ailleurs, la Cour d'appel de Paris avait affirmé le caractère autonome de l'action du ministre par rapport à l'action des fournisseurs « *en ce qu'elle n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs* »¹⁵⁹⁹. Lorsqu'il intente une action sur le

¹⁵⁹⁸ Paris, n° 11-01791, 25 mai 2011. Dans le même sens : Com., n° 10-28005, 18 octobre 2011, *Bull. civ.*, IV, n° 160 : « l'action autonome 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 ». Ici, les Hauts magistrats confirment la décision de la Cour d'appel de Paris.

¹⁵⁹⁹ Paris, n° 11-01791, 25 mai 2011 : position constante dans la jurisprudence et réaffirmée depuis à de nombreuses reprises : Colmar, n° 09-04851, 18 avril 2012, *Ministre et Sct COLONA c/ SNC Lidl* ; Paris, n° 12-00150, 18 décembre 2013 ; Paris, n° 13-19251, 1^{er} juillet 2015, *Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC)* ; Trib. com. Paris, n° 2011058615, 24 septembre 2013 : « *Les deux actions du ministre et des fournisseurs sont (...) autonomes, chacun pouvant introduire une demande distincte visant les intérêts autonomes qui lui sont propres* ».

fondement de l'article L.442-6 III du Code de commerce, il exerce « *une action qui lui est propre dans le but de maintenir ou rétablir l'ordre public économique* »¹⁶⁰⁰.

1963. En effet, la Cour d'appel de Paris rappelle que, le ministre qui 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, ne se substitue pas à celle des partenaires commerciaux, qui agissent pour la défense de leurs intérêts particuliers* »¹⁶⁰¹ et que « *tout partenaire commercial lésé par une pratique restrictive de concurrence peut agir devant la juridiction civile ou commerciale compétente (...) et ce même si le ministre engage une action en justice aux mêmes fins* »¹⁶⁰². D'ailleurs, le fournisseur conserve son droit d'ester en justice et ce à titre principal ou accessoire sur le fondement de l'article L.442-6 I du Code de commerce.

1964. En somme, l'action n'est pas de nature contractuelle. La jurisprudence refuse de reconnaître que le ministre pénètre dans la sphère contractuelle quand il réclame la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et le versement de dommages et intérêts. Il porte atteinte au droit d'agir des fournisseurs et pour contrebalancer cette atteinte, il doit informer les fournisseurs de son action afin de leur permettre d'avoir le choix de participer à titre personnel à l'action dans le but de limiter l'atteinte du droit d'agir et de ne pas agir en justice des fournisseurs.

1965. Afin de conserver l'interventionnisme ministériel en cas de contrainte économique, la jurisprudence a compris qu'il est essentiel de renforcer la légitimité de l'action du ministre en la rendant plus cohérente. Aussi, le Conseil constitutionnel, la CEDH et les

¹⁶⁰⁰ Paris, n° 12-00150, 18 décembre 2013 qui s'inscrit dans la droite ligne de Paris, n° 11-01791, 25 mai 2011.

¹⁶⁰¹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2015 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2016, p. 3.

¹⁶⁰² Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2015 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2016, p. 3.

Hauts magistrats de la Cour de cassation sont intervenus pour rétablir la légitimité de l'action du ministre et pour renforcer sa légitimité à agir.

b. Une légitimité renforcée

1966. La raison de l'octroi de ce droit d'action au ministre est la protection des fournisseurs face à la grande distribution. Toutefois, le droit d'agir en justice des fournisseurs est incontestablement mis à mal par le droit d'action offert au ministre de l'Economie. Le droit d'agir en justice étant un droit ayant valeur constitutionnelle, seule une atteinte limitée, proportionnée et justifiée par l'objectif poursuivi est acceptable. Ainsi, les juges ont essayé de renforcer la légitimité de l'intervention ministérielle.

1967. Pour avoir recours à l'interventionnisme ministériel et bénéficier de l'opportunité que représente l'action du ministre dans le traitement de la contrainte économique, sa légitimité doit être renforcée. La jurisprudence s'est attelée à renforcer la contrainte économique de deux manières : d'une part, en imposant une obligation d'information au ministre et d'autre part, en optant pour une mise en pratique particulièrement minutieuse de cette obligation d'information.

1968. Afin de renforcer la légitimité de l'action du ministre, il faut limiter l'accès de l'action du ministre son accès à un certain groupe de personnes selon leur qualité.

En effet, il est nécessaire de maintenir l'intervention du ministre car elle présente une opportunité avérée dans le traitement des abus ayant lieu dans la phase de négociation contractuelle.

Toutefois, il serait critiquable de maintenir un élément dans le traitement de la contrainte économique qui soit opportun mais dont la légitimité est discutable. Il faut donc renforcer cette légitimité afin de conserver cet outil particulièrement efficace.

1969. Il semblerait que la Cour de cassation ait fait un choix entre l'efficacité et l'illégitimité de l'intervention du ministre de l'Economie.

Après plus de 20 ans de réformes coup par coup afin de mieux et sanctionner la contrainte économique, de création de régimes plus ou moins efficaces, le législateur aurait-il décidé de favoriser l'efficacité sur la légitimité ?

1970. L'affaire GALEC illustre parfaitement le choix opéré par le législateur et le choix que la Cour de cassation a été amenée à faire.

En effet, elle permet que le ministre puisse demander la nullité et surtout la réparation du préjudice subi alors que l'atteinte portée à l'ordre public économique peut être réparée uniquement par la cessation des pratiques illicites et le versement d'une amende civile. Ainsi, la Cour de cassation consacre une solution qui présente de nombreuses incohérences. Il semblerait qu'elle sacrifie la légitimité et la cohérence au nom de l'efficacité. Ce qui est révélateur des difficultés majeures rencontrées pour saisir les situations de contrainte économique.

1971. Est-ce le coup d'envoi d'une course effrénée vers plus d'efficacité et ce, au détriment de la légitimité, de la cohérence, des principes ou des garde-fous qui sont, au nom de plus d'efficacité, en danger ? N'est-ce pas là une influence du système juridique d'Outre-Atlantique où le maître mot est l'efficacité, la rentabilité ou n'est-ce là que l'ultime solution qui reste au législateur, celle d'abattre des principes et des impératifs essentiels au nom de l'efficacité afin de mieux sanctionner la contrainte économique ?

Est-ce qu'une atteinte à la légitimité est « acceptable » pour atteindre plus d'efficacité ? Est-ce que la recherche de l'efficacité justifie-t-elle une atteinte à la légitimité ? Comment renforcer la légitimité de l'action du ministre ?

1972. Il ne s'agit pas de sacrifier la légitimité au nom de l'opportunité mais de créer un équilibre subtil entre les deux. Cet équilibre passe par une obligation d'information et par la mise en pratique très minutieuse voire même sévère de cette obligation de la part des juges afin de limiter autant que faire se peut les dérives de l'action du ministre. Il s'agit de renforcer la légitimité et d'assurer l'opportunité que représente l'intervention du ministre. En effet, selon la jurisprudence l'action du ministre ne porte pas atteinte au droit d'agir en justice des fournisseurs lorsqu'il agit dans la sphère contractuelle à condition d'en informer les fournisseurs. La jurisprudence refuse de reconnaître clairement que lorsque le ministre agit dans la sphère contractuelle, il protège davantage les intérêts individuels des fournisseurs que l'intérêt général.

1973. Ainsi, la jurisprudence impose une obligation d'information au ministre pour contrebalancer l'atteinte fait au droit d'agir en justice des fournisseurs. Le consentement des fournisseurs n'est pas requis car les fournisseurs auraient certainement répondu par la négative. L'action du ministre aurait alors été vidée de son efficacité.

Pour mener à bien la protection des fournisseurs tout en limitant l'atteinte au droit d'agir de ces-derniers, la jurisprudence a créé un équilibre entre légitimité et opportunité. Le consentement des fournisseurs ne doit pas être requis au risque de perdre toute l'opportunité de l'intervention ministérielle mais les fournisseurs doivent être informés de l'action.

1974. Après avoir tenté de déstabiliser l'intervention ministérielle en remettant en cause la recevabilité de l'action du ministre, les détracteurs ont émis de nombreuses critiques quant à l'information des fournisseurs délivrée par le ministre.

Les juges sont intervenus pour encadrer très minutieusement l'information de sorte que l'atteinte portée au droit d'agir des fournisseurs soit tempérée par l'information délivrée et qu'elle soit le plus encadrée possible afin de renforcer la légitimité de l'action du ministre.

1975. Dans le but de renforcer la légitimité de l'intervention du ministre, le recours à l'action du ministre est limité et contrôlé par les juges. Il y a une volonté d'encadrer rigoureusement l'intervention du ministre afin de limiter l'atteinte commise au droit d'agir en justice des fournisseurs. Cette tentative de renforcer la légitimité de l'intervention du ministre passe par un encadrement strict du régime de l'obligation d'information du ministre aux fournisseurs.

1976. Le Conseil constitutionnel avait précisé dans sa célèbre décision du 13 mai 2011 que l'obligation d'information du ministre aux signataires des contrats est limitée aux cas où le ministre entend demander la nullité de certaines clauses, la restitution des sommes indûment payées ou l'indemnisation du préjudice¹⁶⁰³. La CEDH a statué dans le même sens¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰³ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, Sct Système U Centrale Nationale et autre, *JORF*, 13 mai 2011, p. 84 ; Dans le même sens : CEDH, n° 51255/88, 17 janvier 2012, Société GALEC c/ France, *JurisData* n° 2012-006077 ; Trib. com. Créteil, n° 2008F00229, 17 janvier 2012, Président de l'autorité de la concurrence et Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC) ; Nîmes, n° 09-05026, 26 janvier 2012, Ministre c/ SA Auzon-Ventoux (Centre Leclerc) ; Nîmes, n° 09-05027, 26 janvier 2012 ; Com., n° 966F-D, 9 octobre 2012 ; Paris, n° 11-03025, 12 juin 2013 ; Trib. com. Meaux, n° 2009-02296, 24 janvier 2012, Ministre c/ Sct E.M.C. Distribution. Dans le sens contraire : deux arrêts rendus le même jour : Trib. com. Créteil, n° 2009F01017, 13 décembre 2011, Ministre c/ Sct Système U Centrale Nationale ; Trib. com. Créteil, n° 2009F011018, 13 décembre 2011, Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC) : l'obligation d'information s'étend au cas où le ministre se limite à demander la cessation des pratiques illicites ou le prononcé d'une amende civile.

¹⁶⁰⁴ CEDH, n° 51255/88, 17 janvier 2012, *op. cit.*

1977. Les juges du fond ont rappelé à maintes reprises la différence entre l'obligation d'informer les fournisseurs et demander l'assentiment de ces-derniers¹⁶⁰⁵.

L'obligation d'information aux fournisseurs n'est « *nullement requise préalablement à l'introduction effective de l'action* »¹⁶⁰⁶ du ministre. Elle doit être « *donnée en temps suffisant pour laisser au fournisseur la possibilité d'agir à titre individuel ou de s'associer aux demandes du ministre* »¹⁶⁰⁷.

Le défaut éventuel d'information des fournisseurs par le ministre constitue une fin de non-recevoir qui peut être régularisée dès lors que sa cause disparaît (au plus tard au moment où le juge statue)¹⁶⁰⁸.

1978. Le domaine d'application de l'obligation d'information aux fournisseurs est limité comme l'a déclaré le Conseil constitutionnel aux cas où le ministre demande la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment payées et l'indemnisation du préjudice¹⁶⁰⁹. En effet, l'obligation d'information ne concerne que le domaine contractuel.

1979. Il intervient dans la sphère contractuelle qui n'appartient qu'aux parties et donc informer les signataires se révèle être nécessaire sans quoi il y aurait bien atteinte au droit d'agir en justice des fournisseurs. Le Conseil constitutionnel déclare ainsi : « *il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public ; que ni la liberté contractuelle ni le droit à un*

¹⁶⁰⁵ Nîmes, n° 09-05026, 26 janvier 2012, *op. cit.* ; Nîmes, n° 09-05027, 26 janvier 2012 ; Paris, n° 11-03025, 12 juin 2013.

¹⁶⁰⁶ Trib. com. Bordeaux, n° 2011F00321, 11 mai 2012, *Ministre c/ Scalandes*.

¹⁶⁰⁷ Trib. com. Bordeaux, n° 2011F00321, 11 mai 2012, *op. cit.* Dans le même sens : Paris, n° 12-01879, 3 octobre 2013 ; Paris, n° 13-19251, 1^{er} juillet 2015, *Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC)*.

¹⁶⁰⁸ Nîmes, n° 09-05026, 26 janvier 2012, *Ministre c/ SA Auzon-Ventoux (Centre Leclerc)* ; Nîmes, n° 09-05027, 26 janvier 2012 ; Orléans, n° 11-02284, 12 avril 2012, *Ministre c/ SAS Carrefour*.

¹⁶⁰⁹ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, *op. cit.* Dans le même sens : Com., n° 13-25043, 29 septembre 2015, *E.M.C. c/ Ministre* ; Com., n° 13-27525, 3 mars 2015, *Eurauchan c/ Ministre* ; Com., n° 14-10907, 3 mars 2015, *Ministre c/ Provera* ; Com., n° 14-11387, 27 mai 2015, *Ministre c/ Leclerc*.

recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux exigences constitutionnelles susvisées »¹⁶¹⁰.

1980. En effet, « *la nécessité d'informer les cocontractants s'impose en raison de l'immixtion du pouvoir public dans le champ contractuel qui, par principe, n'appartient qu'aux parties et constitue leur loi* »¹⁶¹¹ et que « *le législateur a exceptionnellement ouvert au tiers qu'est le ministre à la condition qu'il informe les parties de cette action* »¹⁶¹².

Toutefois, lorsqu'il intervient à titre principal ou accessoire en dehors de la sphère contractuelle, il n'est pas soumis à l'obligation d'information¹⁶¹³ car il exerce une action qui lui est propre et qui tend à la défense de l'ordre public économique. Le ministre n'est alors pas soumis à l'obligation d'information aux fournisseurs. Elle n'a pas lieu d'être car il n'intervient pas dans le champ contractuel des parties¹⁶¹⁴.

1981. Concernant les modalités de l'obligation d'information, elle doit être effectuée soit par la partie intervenante (le ministre) et soit par la partie agissante (le Président de l'Autorité de la concurrence)¹⁶¹⁵.

¹⁶¹⁰ Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, *op. cit.*

¹⁶¹¹ Paris, n° 12-07651, 4 juillet 2013, Sct E.M.C. Distribution c/ Ministre.

¹⁶¹² Paris, n° 12-07651, 4 juillet 2013, *op. cit.*

¹⁶¹³ Poitiers, n° 11-03252, 29 janvier 2013, Ministre c/ SA Soredis.

¹⁶¹⁴ Paris, n° 12-04791, 20 novembre 2013, Ministre c/ Sct Provera France : que dès lors l'obligation d'information n'est pas nécessaire quand le ministre se limite à demander la cessation des pratiques illicites ou le prononcé d'une amende civile. Dans le même sens : Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, *Ibid* ; Paris, n° 12-00150, 18 décembre 2013 ; Trib. com. Créteil, 7 décembre 2010 ; Trib. com. Créteil, n° 2009F01017, 13 décembre 2011, Ministre c/ Sct Système U Centrale Nationale ; Trib. com. Créteil, n° 2009F011018, 13 décembre 2011, Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC).

¹⁶¹⁵ Paris, n° 12-01879, 3 octobre 2013.

1982. Par ailleurs, l'obligation d'information pour être convenablement réalisée doit préciser : l'existence de l'action¹⁶¹⁶, les auteurs de l'action¹⁶¹⁷, le fondement de l'action¹⁶¹⁸, les prétentions des auteurs de l'action¹⁶¹⁹, les prétentions intéressants les fournisseurs¹⁶²⁰ et la possibilité pour eux d'intervenir au litige¹⁶²¹. Toutefois, l'information n'a pas à être accompagnée d'une copie de l'assignation et des conclusions¹⁶²².

1983. Les juges ont également encadré précisément et sévèrement la preuve de l'obligation d'information comme pour contrôler au mieux le recours de l'action du ministre et limiter son recours dans le but d'encadrer l'intervention ministérielle afin que l'atteinte portée au droit d'agir des fournisseurs soit la plus limitée et la plus proportionnée possible.

Ainsi, les juges ont retenu que la preuve de l'obligation doit être apportée par l'envoi de lettre recommandée avec accusé de réception¹⁶²³. Il doit également être prouvé que le créancier de l'obligation ait été véritablement informé¹⁶²⁴. Ainsi, les juges font preuve d'une grande sévérité à l'égard du ministre, débiteur de l'obligation. Ils organisent rigoureusement l'information afin d'encadrer au mieux l'action du ministre pour que le droit d'agir des fournisseurs ne soit pas entravé et pour que l'atteinte soit limitée et proportionnée dans le cas où le droit d'action est entravé.

1984. Il est possible de renforcer la légitimité de l'action du ministre en limitant son accès à certains cas de figure. Le critère ici sera la qualité des parties. Il faut limiter l'action du ministre à agir en justice pour demander la nullité des clauses illicites, la restitution des

¹⁶¹⁶ Paris, n° 13-19251, 1^{er} juillet 2015, *Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC)*.

¹⁶¹⁷ Paris, n° 12-01879, 3 octobre 2013.

¹⁶¹⁸ Paris, n° 13-19251, 1^{er} juillet 2015, *op. cit.*

¹⁶¹⁹ Paris, n° 12-01879, 3 octobre 2013 ; Paris, n° 13-19251, 1^{er} juillet 2015, *Ibid.*

¹⁶²⁰ Paris, n° 13-19251, 1^{er} juillet 2015, *Ibid.*

¹⁶²¹ Paris, n° 12-01879, 3 octobre 2013 ; Paris, n° 13-19251, 1^{er} juillet 2015, *Ibid.*

¹⁶²² Paris, n° 12-01879, 3 octobre 2013.

¹⁶²³ Paris, n° 13-24342, 9 avril 2014.

¹⁶²⁴ Paris, n° 13-24342, 9 avril 2014.

sommes indûment perçues et le versement de dommages et intérêts aux PME/TPE uniquement.

En effet, les grands fournisseurs qui sont incontournables sur le marché et qui font l'unanimité chez les consommateurs, tels que Coca Cola ou Nutella par exemple, n'auront pas de mal à s'imposer face à la grande distribution en raison du poids et des débouchés économiques et financiers qu'ils représentent.

Il faut noter que tous les droits spéciaux sont subjectifs quant à la qualité des parties. Le droit du travail protège les salariés. Les dispositions du droit de la consommation protègent les consommateurs. Le droit de la concurrence protège la concurrence, le marché ainsi que les opérateurs économiques. Seul le droit commun (le droit pénal et le droit civil) est neutre. Aussi, le droit pénal et le droit civil ne sont-ils pas plus favorables pour traiter de la contrainte économique ?

1985. Il convient de s'attarder sur la distinction entre l'existence d'une contrainte économique dans une relation contractuelle et l'intérêt commun des parties qui est librement déterminé par les parties au contrat.

1986. Il est impératif de distinguer, d'une part, lorsque le fournisseur refuse d'agir en justice car il a peur des mesures de représailles et donc quand la protection s'impose véritablement et, d'autre part, lorsque le fournisseur refuse d'ester en justice car il « y trouve bien son compte » bien que l'arrangement paraisse le désavantage et donc où l'action du ministre est une atteinte illégitime et que l'ingérence ministérielle dans le contrat, chose des parties, est excessivement déplacée¹⁶²⁵.

¹⁶²⁵ Dans ce sens : 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*, 5 juillet 2007, n° 27, p. 1864 ; Le rapport CANIVET le préconise également mais de façon plus générale : l'art. L.442-6 du C. com. dans son ensemble serait concerné.

Dès lors, l'ingérence, qu'elle soit législative, judiciaire ou administrative, est largement critiquable car ici, le contrat est véritablement la loi, librement discutée et négociée, des parties.

1987. Ainsi, la contrainte économique devrait être traitée à la lumière de cette différence de puissance économique. Aussi, afin de maintenir l'articulation entre les dogmes contractuels et l'article 1134 alinéa 3 du Code civil et pour être traitée dans le respect des principes qui la fondent, l'existence d'une contrainte économique doit être appréciée à la lumière de la qualité des parties et de leurs forces économiques.

1988. Ainsi, il semblerait nécessaire, au regard de ces considérations, de limiter le droit d'action offert au ministre aux PME/TPE c'est-à-dire aux petits fournisseurs qui n'osent pas s'élever contre les abus de la grande distribution par peur de ne plus pouvoir distribuer leurs produits sur le marché. Ainsi, l'atteinte au droit d'agir en justice serait limitée et proportionnelle à l'objectif à atteindre, et ce, tout en conservant le gain d'efficacité que représente le droit d'action du ministre.

1989. Bien que sa légitimité est régulièrement contestée et discutée en jurisprudence, il est indéniable que l'action ministérielle présente plusieurs avantages indiscutables dans la lutte contre les abus de déséquilibre structurel.

2. UNE OPPORTUNITÉ CONSTATÉE DE L'INTERVENTIONNISME MINISTÉRIEL

1990. En offrant un droit d'agir au ministre, le législateur n'a pas seulement fait le choix de l'efficacité mais il a aussi fait le choix d'un interventionnisme administratif renforcé.

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 avait déjà consacré l'interventionnisme administratif¹⁶²⁶. L'article L.470-5 du Code de commerce prévoit un droit d'intervention pour le ministre de l'Economie mais il ne s'agit là que d'un droit d'intervention et non d'un droit d'action. L'action du ministre est accessoire à celle du fournisseur. Elle s'éteint avec l'action du ministre. Le ministre ne peut que déposer des conclusions et les développer à l'oral¹⁶²⁷. La loi NRE de 2001 va plus loin avec l'article L.442-6 III du Code de commerce. C'est une véritable avancée pour l'interventionnisme étatique procédural¹⁶²⁸.

1991. L'action offerte au ministre est relativement opportune dans le traitement des abus de déséquilibre structurel.

L'interventionnisme administratif présente l'avantage d'être plus souple que l'interventionnisme législatif qui peut manquer de souplesse notamment dans le domaine des affaires qui est relativement contextuel et malléable.

La contrainte économique a besoin d'un régime faisant preuve d'une certaine flexibilité pour pouvoir appréhender les situations diverses dans lesquelles la contrainte économique trouve à se manifester. Or, l'intervention ministérielle est flexible et malléable. Elle permet de prendre en compte des situations particulièrement contextuelles comme les

¹⁶²⁶ Com., n° 03-11369, 7 juillet 2004, *Ministre de l'Economie c/ Syndicat des détaillants spécialistes du disque*, *JurisData* n° 2004-024594, *CCC*, décembre 2004, n° 12, comm. 179, « Précision sur le rôle du ministre de l'économie prévu par l'article L.470-5 du code de commerce » obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

¹⁶²⁷ Com., n° 03-11369, 7 juillet 2004, *op. cit.* ; E. CHEVRIER, « Le ministre de l'économie ne peut se passer d'un avocat ! », *D.*, 2001, chron. p. 2673.

¹⁶²⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », *RLDA*, 2010.

situations de contrainte économique tant essentielles au traitement de la contrainte économique.

1992. Par ailleurs, l'intervention du ministre permet de se substituer aux fournisseurs concernés qui ne disposent pas des moyens financiers ou des moyens d'enquêtes que le ministre. Elle permet également de faire valoir les droits des fournisseurs craignent que leur situation s'empire s'il se lancent dans une action en justice, et ce tout en respectant leur droit d'agir en les informant de l'action en cours. Le ministre agit bien dans un but de protection des fournisseurs même si la jurisprudence ne le reconnaît pas clairement.

1993. La pratique confirme cette opportunité.

L'intervention du ministre rencontre un franc succès dans la pratique. Ce succès se manifeste par une augmentation massive et constante des actions du ministre de l'Economie intentées sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce. En effet, alors qu'en 2004, 19 décisions rendues impliquaient une intervention du ministre¹⁶²⁹ ; en 2005, 16 décisions impliquaient une intervention du ministre¹⁶³⁰ ; en 2006, le nombre s'élève à 21¹⁶³¹ ; en 2007, les magistrats ont traité 29 décisions impliquant une intervention ministérielle¹⁶³².

1994. Soit sur la période 2004 à 2007, un total de 83 décisions qui impliquaient une action du ministre dont 2 décisions relatives à l'abus de puissance d'achat et une décision qui était relative à l'abus de position dominante.

¹⁶²⁹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2008, p. 2.

¹⁶³⁰ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *op. cit.*

¹⁶³¹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Ibid.*

¹⁶³² Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Ibid.*

En 2008¹⁶³³, sur les 34 décisions rendues 28 ont été intentées sur action du ministre et 6 décisions ont été intentées avec une intervention du ministre. Sur les 34 décisions, 2 décisions étaient relatives à l'abus de puissance d'achat.

En 2009¹⁶³⁴, 28 décisions ont été rendues dont 21 ont été intentées sur action du ministre et 7 sur intervention du ministre. Sur les 28 décisions, une décision était relative à l'abus de puissance d'achat.

En 2010¹⁶³⁵, 27 décisions ont été rendues dont 21 décisions ont été intentées sur action du ministre et 6 sur intervention du ministre dans une instance pendante. Sur les 27 décisions, 2 étaient relatives à l'abus de puissance d'achat et 8 sont relatives à l'abus de déséquilibre significatif.

En 2011¹⁶³⁶, 25 décisions ont été rendues dont 20 décisions ont été intentées sur action du ministre et 5 intervention du ministre dans une instance pendante. Sur les 25 décisions, 10 décisions étaient relatives au déséquilibre significatif.

En 2012¹⁶³⁷, 23 décisions ont été rendues dont 17 ont été intentées sur action du ministre et 6 sur intervention du ministre. Sur les 23 décisions, 3 étaient relatives au déséquilibre significatif.

¹⁶³³ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2008 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2009, p. 2.

¹⁶³⁴ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2009 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2010, p. 2.

¹⁶³⁵ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2010 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2011, p. 3.

¹⁶³⁶ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2011 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2012, p. 2.

¹⁶³⁷ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2012 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2013, p. 2.

En 2013¹⁶³⁸, 24 décisions ont été rendues dont 18 ont été intentées sur action du ministre et 6 sur intervention du ministre. Sur les 24 décisions, 15 étaient relatives au déséquilibre significatif et dont 2 sont relatives à l'abus de puissance d'achat.

En 2014¹⁶³⁹, 21 décisions ont été rendues dont 15 ont été intentées sur action du ministre et 6 sur intervention du ministre. Sur les 21 décisions, 7 étaient relatives au déséquilibre significatif.

En 2015¹⁶⁴⁰, 23 décisions ont été rendues dont 19 ont été intentées sur action du ministre et 4 sur intervention du ministre. Sur les 23 décisions, 10 étaient relatives au déséquilibre significatif.

Ces chiffres mettent en exergue l'augmentation croissante des procédures civiles intentées sur le fondement du livre IV du Code de commerce par le concours du ministre que ce soit par une action principale ou accessoire.

1995. L'opportunité de l'intervention ministérielle se caractérise également et surtout par la pertinence des actions intentées.

En effet, de 2004 à 2007, 26 des 83 décisions rendues ont été déboutées en tout ou partie le ministre de ces prétentions¹⁶⁴¹. Soit 68,7% des actions intentées ont été rendues dans un sens favorable au ministre¹⁶⁴².

Ce sont des chiffres relativement constants. La tendance s'est confirmée par la suite. En 2011, 17 des 25 décisions intentées par action ou intervention du ministre ont été

¹⁶³⁸ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2013 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2014, p. 2.

¹⁶³⁹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2014 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2015, p. 2.

¹⁶⁴⁰ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2015 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2016, p. 2.

¹⁶⁴¹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2008, p. 2.

¹⁶⁴² Soit 31, 3% des actions ont été rendues dans un sens défavorable au ministre.

rendues dans un sens favorable¹⁶⁴³. Donc, en 2011, 68% des décisions ont été rendues dans un sens favorable au ministre¹⁶⁴⁴.

En 2012, 18 des 23 décisions intentées par action ou intervention du ministre ont été rendues dans un sens favorable, 3 ont été rendues dans un sens défavorable au ministre et 2 ont fait l'objet d'un désistement du ministre¹⁶⁴⁵. Donc, en 2012, 78% des décisions ont été rendues dans un sens favorable au ministre¹⁶⁴⁶ !

En 2013, 12 des 24 décisions intentées par action ou intervention du ministre ont été rendues dans un sens favorable au ministre¹⁶⁴⁷, soit 50% des décisions.

Ces chiffres mettent en relief la pertinence de l'intervention ministérielle.

1996. L'intervention du ministre dans les affaires relatives à la contrainte économique a également augmenté. En effet, en 2008, le ministre était intervenu dans 2 décisions relatives à l'abus de puissance d'achat. En 2009, il n'est intervenu que dans une seule décision. En 2010, il intervient dans 8 décisions relatives au déséquilibre significatif. En 2011, le ministre intervient dans 10 décisions relatives au déséquilibre significatif. En 2013, le nombre s'élève à 15 et se stabilise à 10 en 2015.

1997. Certes, l'abus de déséquilibre significatif ne relève pas *stricto sensu* de la contrainte économique car le déséquilibre significatif relève du déséquilibre contractuel et non du déséquilibre structurel. Toutefois, un déséquilibre significatif peut être et est souvent la résultante directe d'une situation de contrainte économique.

¹⁶⁴³ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2011 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2012, p. 1.

¹⁶⁴⁴ Soit 32% des actions ont été rendues dans un sens défavorable au ministre.

¹⁶⁴⁵ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2012 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2013, p. 2.

¹⁶⁴⁶ Soit 22% des actions ont été rendues dans un sens défavorable au ministre.

¹⁶⁴⁷ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2013 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2014, p. 2.

Le régime relatif à l'abus de déséquilibre significatif permet une prise en compte des effets d'une situation de contrainte économique à défaut de pouvoir saisir la situation de contrainte économique elle-même. D'ailleurs, le législateur a supprimé la disposition relative à l'abus de dépendance économique au titre des pratiques restrictives de concurrence au profit de l'abus de déséquilibre significatif ce qui est un aveu d'échec du régime de l'abus de dépendance économique à saisir la contrainte économique et met en avant un changement d'approche du traitement de la contrainte économique. A défaut de pouvoir saisir la contrainte économique directement de manière efficace, le législateur décide de saisir les conséquences d'une éventuelle situation de contrainte économique. On observe donc une augmentation significative des actions intentées en lien avec la contrainte économique par rapport au nombre de décisions relatives à l'abus de puissance d'achat intentées auparavant.

1998. L'intervention ministérielle est essentielle dans la lutte des pratiques restrictives de concurrence et notamment dans la lutte contre les abus qui ont eu lieu dans la phase de négociation dont les abus de déséquilibre structurel.

1999. Elle est un pilier des actions intentées sur le fondement du livre IV du Code de commerce non seulement en raison de l'accroissement exceptionnel des actions intentées sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce dont l'accroissement des actions intentées en lien avec la contrainte économique mais également par la pertinence des actions intentées par le ministre car le taux de pourcentage des décisions rendues dans un sens favorable au ministre est relativement important représentant au plus bas 50% des actions auxquelles il a concouru et au plus haut 78% des actions intenté. Ce qui représente une moyenne de 64%, soit d'un peu moins des trois quarts des actions que le ministre a intenté. La pertinence de l'intervention du ministre est particulièrement importante ; il faut la souligner et la saluer.

2000. L'interventionnisme ministériel n'en ait qu'à ses débuts. Effectivement, il serait judicieux de réunir les talents, les moyens financiers et les capacités d'enquêtes pour faire de l'interventionnisme ministériel un canal externe de traitement du droit d'alerte qui pourrait être offert aux victimes de la contrainte économique (cf. Un droit d'alerte à consolider).

C'est ainsi que l'intervention de certaines autorités administratives apparaît nécessaire.

B. UNE INTERVENTION DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES À EXPLOITER

2001. La question de la place de l'interventionnisme administratif dans le traitement de la contrainte économique doit être posée et discutée. Il faudrait davantage exploiter l'interventionnisme des administrations telles que la DGCCRF et la CEPC qui sont familières aux situations de contrainte économique. Il est regrettable de ne pas offrir plus d'implication à ces organismes dans la lutte contre la contrainte économique.

Ne serait-il pas plus avantageux, afin d'éviter de créer un organisme, de recourir à ceux qui existent en leur attribuant de nouvelles prérogatives ?

2002. L'interventionnisme administratif présente de nombreux avantages dont celui d'être plus souple que l'interventionnisme législatif.

2003. Par ailleurs, les autorités administratives sont plus spécialisées, plus proches de la réalité économique et que les magistrats. Ce qui pose la question d'une meilleure spécialisation des juges. D'ailleurs, la loi LME a préféré spécialiser les juridictions

existantes plutôt que de créer une autorité administrative indépendante afin de traiter les abus d'ordre contractuels ayant lieu notamment dans la phase de négociation¹⁶⁴⁸.

2004. Il semblerait que les autorités administratives (notamment CEPC et DGCCRF) aient les capacités d'investigations nécessaires qui permettraient d'allier procédure inquisitoire et accusatoire. De plus, elles présentent l'avantage indéniable d'être les organismes les plus compétents en la matière. Il serait dommage de ne pas tirer profit au maximum de leurs compétences et de leur savoir.

2005. Par ailleurs, en raison de l'intervention du ministre et la possibilité de demander des sanctions purement civiles telles que le versement de dommages et intérêts, la nullité de l'acte juridique et la répétition de l'indus, certains estiment qu'il s'agit d'un droit civil répressif. D'ailleurs, « *le mélange de l'accusation publique avec des conséquences civiles banales* »¹⁶⁴⁹ nécessiterait une procédure inquisitoire et non seulement accusatoire.

2006. En effet, le rôle de la CEPC et la DGCCRF peut être aménagé. En effet, il serait judicieux et efficace de leurs offrir un rôle plus accru dans la sanction des pratiques commerciales et de manière générale dans l'assainissement des rapports contractuels. En effet, le ministre de l'Economie s'appuie déjà grandement sur ces deux administrations. Or, l'interventionnisme ministériel est une force vive dans la lutte contre les pratiques commerciales interdites et dans le cadre notamment de la lutte contre la contrainte économique. Ainsi, afin d'améliorer le traitement de la contrainte économique, il faut donc renforcer les pouvoirs et les missions de ces administrations, véritables piliers de l'action du ministre.

2007. La CEPC agit sous l'autorité du ministre de l'Economie et des Finances. Elle se prononce sur les contrats et pratiques commerciales entre professionnels afin de

¹⁶⁴⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », *RLDA*, 2010.

¹⁶⁴⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*

recommander les bonnes pratiques commerciales. Elle poursuit une logique consultative de consensus et de neutralité dans le but d'assurer la conformité du Droit.

2008. A l'occasion de la célébration des 15 ans de la CEPC, un colloque a été organisé au cours duquel, la CEPC a formulé des propositions d'évolution de son rôle.

Elle souhaite entre autres encourager davantage les saisines des juridictions, renforcer son rôle de pacificateur des relations commerciales et renforcer ses moyens¹⁶⁵⁰.

Il faut avoir recours aux administrations déjà en place et utiliser leur potentiel au maximum. Or, limiter le rôle de la CEPC aux recommandations de bonnes pratiques n'est ni intéressant ni productif.

Dans un souci d'efficacité du traitement de la contrainte économique et pour satisfaire les vœux exprimés par la CEPC, il pourrait être intéressant d'accorder à la CEPC des moyens financiers et d'enquêtes supérieurs et de reconnaître à la CEPC, à l'instar de la DGCCRF, la possibilité de saisir le juge au nom du ministère de l'économie ou du moins de lui transmettre des éléments de preuve ; ainsi, lui conférer une procédure inquisitoire plus intense. Ainsi, elle pourra respecter son engagement pour la pacification des relations commerciales et des bonnes relations contractuelles et conserver sa neutralité tout en oeuvrant luttant contre les pratiques commerciales interdites.

Par ailleurs, tout en conservant son autorité morale et sa « neutralité », il est difficile de comprendre dans quelles mesures une administration peut faire preuve de neutralité alors que sa mission principale est la lutte contre les pratiques commerciales interdites).

2009. La CEPC peut mener une mission prioritaire de contrôle des abus de déséquilibre structurel.

En effet, les entreprises qui sollicitent la CEPC volontairement le font de bonne foi, elles continueront de le faire, celles qui ne le font pas tout en étant en infraction ne le feront

¹⁶⁵⁰ Communiqué de presse de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC), Paris, le 17 octobre 2016.

pas plus ; et c'est pour lutter contre les pratiques mises en oeuvre par ces-derniers que cette nouvelle mission pourrait être intéressante.

2010. Il faut prendre comme exemple la mission de contrôle des délais de paiement dont le ministre en a fait une mission de priorité de la DGCCRF et pour laquelle il a fixé un objectif d'au moins 2 500 contrôles en 2015¹⁶⁵¹. De la même manière, la lutte contre la contrainte économique pourrait être définie comme une nouvelle mission de priorité de la CEPC et de la DGCCRF.

Cette nouvelle mission de la DGCCRF a été consacrée par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation¹⁶⁵² et le décret d'application du 30 septembre 2014¹⁶⁵³ qui ont renforcé les moyens octroyés à l'administration pour lutter contre les retards de paiement en prévoyant la possibilité notamment de prescrire des sanctions administratives de sanctions administratives.

2011. La DGCCRF enjoint au professionnel de se conformer à ses obligations ou de cesser tout agissement illicite. Elle peut prononcer des amendes administratives qui remplacent les sanctions civiles et pénales. La DGCCRF peut prononcer une amende administrative d'un montant maximum de 75 000 euros pour une personne physique ou de 375 000 euros pour une personne morale. Les sanctions prononcées peuvent être publiées et sont soumises au contrôle du juge administratif. Il s'agit d'une procédure contradictoire.

¹⁶⁵¹ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2015 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2016, p. 15 et s.

¹⁶⁵² Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF*, 18 mars 2014, n° 65, p. 5400.

¹⁶⁵³ Décret n° 2014-1109 du 30 septembre 2014 portant application des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, renforçant les moyens de contrôle de l'autorité administrative chargée de la protection des consommateurs et adaptant le régime de sanctions, *JORF*, 2 octobre 2014, n°0228, p. 15999.

Aussi, en 2015, 2572 établissements ont été contrôlés dont 500 des plus grandes entreprises de France. Le montant des amendes a atteint 6 900 000 millions dont 4 300 000 millions euros ont été notifiés aux entreprises mises en cause et dont plus de 2 600 000 millions euros étaient toujours en cours au 31 décembre 2015¹⁶⁵⁴.

2012. Le régime des sanctions administratives semble porter ses fruits. Le montant des amendes civiles prononcées par les juges oscille généralement entre 2 millions en moyenne et dont le montant le plus élevée s'élève à presque 5 millions pour l'année 2013 (4 975 000 euros)¹⁶⁵⁵.

Ce régime est très efficace car il a débouché sur plus de 2500 contrôles et 222 procédures introduites. Il présente un effet très punitif car le montant des amendes est élevé surtout pour une première année de mis en application. Concernant l'effet dissuasif, la même réserve que pour le recours à l'amende civile peut être faite. Comment peut-on avoir un effet dissuasif avec des amendes de quelques centaines de milliers d'euros face à ces entreprises dont le chiffre d'affaires est de plusieurs centaines de millions d'euros ?

En tout état de cause, ce régime semble être une vraie ressource pour contrôler les pratiques commerciales et assainir les relations contractuelles.

2013. En s'inspirant de ce régime, des missions prioritaires à la DGCCRF et à la CEPC relatives au contrôle d'éventuelles situations de contrainte économique pourraient être déferées.

Elles auront ainsi la possibilité de contrôler le cas d'éventuelles situations d'abus de dépendance économique ou d'abus de position dominante avec les mêmes outils mis à la disposition de la DGCCRF pour le retard des paiements. Autrement dit, l'octroi de

¹⁶⁵⁴ Pour l'ensemble des informations chiffrées : Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2015 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2016, p. 15 et s.

¹⁶⁵⁵ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2013 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2014, p. 2.

moyens financiers et d'enquêtes importants, la possibilité de prononcer une amende administrative, la garantie d'une procédure contradictoire, la possibilité d'un contrôle postérieur par le juge administratif. Il pourrait être envisagé la possibilité à l'entreprise de saisir ou de déférer le contentieux du juge administratif au juge économique s'il souhaite être jugé par des juges spécialisés plutôt qu'accepter une amende délivrée par une administration (même si ces administrations sont ultra spécialisées dans ce domaine).

2014. Elles permettraient de faciliter et d'alléger la charge du ministre tout en la compléter et de lutter contre la contrainte économique et de « dégorger » les juridictions.

2015. Après la conclusion d'un contrat, la mise en place d'un délai de sécurité pourrait être envisagé durant lequel l'administration n'aurait pas le droit d'agir laissant ainsi à l'entreprise le bénéfice du doute afin d'observer si l'entreprise saisit l'administration elle-même ou si elle change sa pratique. Auquel cas, la CEPC pourrait être amené à donner un avis ou une recommandation.

2016. Afin de rentabiliser les structures existantes tout en améliorant le traitement de la contrainte économique, il serait intéressant d'octroyer à la DGCCRF et la CEPC la possibilité de recevoir et de traiter les alertes en cas de contrainte économique (cf. Un droit d'alerte à consolider).

2017. Par ailleurs, le traitement de la contrainte économique doit également être accompagné en aval par un interventionnisme judiciaire dans la mise en pratique des régimes traitant de la contrainte économique (cf. Une intervention judiciaire dans le traitement de la contrainte économique à célébrer). Aussi, les remèdes à appliquer au droit processuel de la contrainte économique concernent aussi bien l'accès en justice qu'il faut faciliter et encourager voire même accompagner que l'action en justice. Effectivement, une fois que l'accès en justice des victimes de la contrainte économique a été amélioré, il faut réitérer un travail de réforme identique pour l'action en justice.

SECTION II. UNE ACTION EN JUSTICE À PERFECTIONNER

2018. L'une des raisons de l'échec du traitement de la contrainte économique réside dans le fait que les régimes traitant de la contrainte économique ne sont pas sollicités par les victimes car l'accès à la justice est particulièrement difficile, complexe et onéreux.

2019. Après avoir appliqué des remèdes relatifs à l'accès en justice, l'action en justice doit également être perfectionnée (Paragraphe I). Aussi, il faut rendre l'action en justice plus équitable et plus juste. Effectivement, la charge de la preuve est à remanier en profondeur pour la rendre plus juste et plus équitable. Elle doit prendre en compte la réalité des situations de la contrainte économique et des difficultés injustes rencontrées par les demandeurs qui sont bien souvent les victimes de la contrainte économique c'est-à-dire la partie faible au contrat.

2020. Par ailleurs, il faut non seulement rectifier l'action en justice pour la mettre en adéquation avec la réalité mais également la moderniser en encourageant et en célébrant l'intervention judiciaire en cas de contrainte économique, et ce, contre la position traditionnelle particulièrement méfiante (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I. UNE CHARGE DE LA PREUVE À REMANIER

2021. En matière de contrainte économique, la charge de la preuve est profondément injuste et inéquitable. Un allègement de la charge de la preuve s'impose en faveur du demandeur qui est souvent la victime de la contrainte économique (A) ; il faut également plaider pour une meilleure répartition de la charge de la preuve afin de la rendre et plus équitable (B).

A. UN ALLÈGEMENT IMPÉRIEUX DE LA CHARGE DE LA PREUVE

2022. Pour perfectionner l'action en justice, il est nécessaire de remanier la charge de la preuve. En cas de contrainte économique, l'administration de la charge de la preuve est particulièrement lourde et elle est inégalement répartie car elle pèse uniquement sur la victime.

2023. Une charge de la preuve alourdie. La charge de la preuve dans le traitement de la contrainte économique est alourdie par la présence de conditions inutiles à la qualification d'une situation de contrainte économique.

2024. En effet, c'est le cas de la condition relative à la crainte en droit civil où il faut apporter la preuve du moment et de la gravité de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, la démonstration d'une atteinte à la concurrence en droit de la concurrence ou la démonstration que le contrat a été conclu dans le cadre d'un démarchage à domicile en droit de la consommation.

Alors que ces conditions ne sont pas essentielles à la qualification de la contrainte économique, elles sont pourtant retenues comme conditions par les régimes traitant la contrainte économique.

Ces conditions ne sont ni légitimes ni opportunes dans le traitement de la contrainte économique, elles impactent l'administration de la preuve.

Elles ne sont pas légitimes au traitement de la contrainte économique car d'une part, elles ne sont pas nécessaires à la démonstration d'une situation de contrainte économique ; et d'autre part, elles ne répondent pas à la même finalité que celle de la lutte contre la contrainte économique.

Effectivement, une situation de contrainte économique est qualifiée par l'existence d'un déséquilibre structurel, d'une exploitation abusive et d'un résultat. En aucun cas la démonstration d'une atteinte à la concurrence ou d'un démarchage à domicile est nécessaire à la qualification d'une situation de contrainte économique. Elles sont donc inutiles dans la qualification de la contrainte économique.

2025. Par ailleurs, elles ne répondent pas à la finalité de la lutte contre la contrainte économique qu'est la protection du consentement. L'échec de la contrainte économique s'explique également par le fait que les conditions propres à chaque régime ont une finalité différente et incompatible avec celle de la lutte contre la contrainte économique.

Ces conditions portent en-elles le particularisme de chaque droit (droit civil ou droit spéciaux). Ces conditions sont propres à chaque branche du Droit dans lesquelles ces régimes traitant de la contrainte économique s'inscrivent.

En effet, la condition relative à l'existence de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne est l'héritage du vice traditionnel de violence et de la conception civiliste de la violence. Elle n'a aucun intérêt ici.

De même, l'atteinte à la concurrence est la marque des pratiques anticoncurrentielles, elle répond à une logique purement concurrentielle dans l'unique but de protéger le marché ;

alors que l'objectif poursuivi par la lutte contre la contrainte économique est la protection du consentement.

Il en est de même pour la condition relative au démarchage à domicile. Cette condition s'inscrit dans une logique purement consumériste. Elle vise certes à protéger le consentement de la victime mais cette condition a pour effet de limiter et de freiner le traitement de la contrainte économique car elle tend à réduire le domaine d'application du régime.

Par conséquent, ces conditions propres à chaque droit sont inutiles à la qualification de la contrainte économique et alourdissent la charge de la preuve de la victime qui doit apporter la preuve de leur existence.

2026. Une charge de la preuve pesant sur la victime. La charge de la preuve est supportée par le demandeur qui est bien souvent la victime de la contrainte économique¹⁶⁵⁶.

Ainsi, la preuve de ces conditions absolument pas nécessaire à la qualification d'une situation de contrainte économique et qui visent à alourdir la charge de la preuve de la contrainte économique doit être apportée par la victime, partie la plus faible dans la relation contractuelle et dont les moyens sont limités alors même que ces conditions sont par ailleurs particulièrement compliquées à démontrer.

2027. De plus, ces conditions ne sont pas opportunes à la démonstration d'une situation de contrainte économique. En effet, alors qu'elles sont inutiles à la qualification d'une situation de contrainte économique elles alourdissent la charge de la preuve. Elles freinent considérablement le champ d'application de la contrainte économique. Elles entravent donc la lutte contre la contrainte économique¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁶ Com., 12 janvier, 1999, *Bull. civ. IV*, n°10.

¹⁶⁵⁷ E. CLAUDEL, « Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économique », *RTD com.*, 2001, p. 663.

2028. Par ailleurs, leur preuve être difficile à apporter, c'est le cas en particulier de l'atteinte à la concurrence pour les fournisseurs qui ont des moyens financiers et d'enquêtes limités pour le faire. C'est le cas également lorsqu'il s'agit de prouver la gravité des menaces ou de pressions.

Rares sont les fournisseurs invoquant l'article L.420-2 du Code de commerce, rares le sont encore plus les fournisseurs pouvant satisfaire cette condition¹⁶⁵⁸ sachant que la grande majorité des fournisseurs étant en état d'abus de dépendance économique sont des petits fournisseurs c'est-à-dire des PME. Cette condition est l'une des raisons de l'échec de l'article L.420-2 alinéa 2 du Code de commerce car les petits fournisseurs qui sont victimes d'un abus de dépendance économique n'arrivent pas à démontrer que l'abus porte une atteinte sensible à la concurrence.

La charge de la preuve qui repose, en droit civil, sur le demandeur est partiellement transférée en droit de la concurrence sur le défendeur. De plus, en droit de la concurrence, la démonstration de l'abus est plus aisée¹⁶⁵⁹. En effet, l'abus est déduit par les juges de l'existence d'une situation de dépendance économique et d'un déséquilibre contractuel excessif (ainsi que l'atteinte sensible à la concurrence qui doit être démontrée). Ainsi, le juge économique se rapproche des juges civils quant à la détermination de l'abus.

2029. Par ailleurs, en droit civil, en raison du particularisme de la violence contractuelle et du traitement de la violence économique appliquée dans sa conception la plus civiliste, la preuve des conditions relatives à la violence économique devient très difficile à apporter voire même quasi-impossible. D'ailleurs, certains assurent que ce régime ne sera pas fréquemment invoqué en raison des difficultés de preuve auxquelles se heurtera la victime¹⁶⁶⁰. Effectivement, comment un salarié ou un simple particulier peut-il apporter la preuve de menaces ou de pressions émanant de son futur contractant afin de le pousser

¹⁶⁵⁸ (Dir.) G. CANIVET, *Restaurer la concurrence par les prix - Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce* (dit rapport CANIVET relatif aux relations entre l'industrie et le commerce), Rapport au ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, coll. Collection des rapports officiels, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, Paris, 2004.

¹⁶⁵⁹ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique », *L.P.A.*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

¹⁶⁶⁰ D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », *D.*, 2002, p. 2844.

à contracter ? Il est extrêmement difficile voire impossible pour les victimes de démontrer la présence de menaces et de pressions de la part de leur cocontractant.

2030. La charge de la preuve étant bien trop lourde. Ces conditions ont pour conséquence de « paralyser » voire de « stériliser » les régimes traitant de la contrainte économique. Ainsi, elles freinent le traitement de la contrainte économique le rendant inefficace.

2031. Il faut donc alléger la charge de la preuve en supprimant ces conditions qui ne sont ni légitimes, ni opportunes dans le traitement de la contrainte économique et la corriger en organisant une meilleure répartition de la charge de la preuve entre les contractants.

B. UNE RÉPARTITION IMPÉRATIVE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

2032. Face à ce constat, il est nécessaire de corriger la charge de la preuve pour la faciliter mais également pour la rendre plus équitable. Pour cela, il serait opportun de corriger la charge de la preuve en l'allégeant mais également en opérant une meilleure répartition de la charge de la preuve afin de ne pas faire peser l'administration de la preuve uniquement sur la victime, partie la plus faible dans la relation contractuelle.

2033. Il convient de plaider pour une mesure plus judicieuse et plus équitable que le système actuel de la charge de la preuve ou pour un renversement total la charge de la preuve. En effet, une répartition de la charge de la preuve qui pèserait sur les deux contractants, victime et auteur semble être la solution la plus appropriée et la plus adéquate.

2034. L'idée de répartir la charge de la preuve entre l'auteur et la victime semble plus correcte que de faire peser la charge de la preuve dans son intégralité à la victime qui n'a pas les moyens financiers, techniques et juridiques de son contractant, partie forte du contrat. D'ailleurs, souvent les victimes n'agissent pas en justice et lorsqu'elles le font, elles ne devraient pas avoir à souffrir de la difficulté d'apporter la preuve.

2035. Aussi, la répartition se ferait ainsi : la victime serait amenée à démontrer l'existence d'un déséquilibre structurel et du résultat tiré par l'auteur de la contrainte économique.

L'auteur devrait démontrer l'absence d'exploitation abusive du déséquilibre structurel c'est-à-dire l'absence d'abus. Il devrait alors prouver que le résultat tiré de la relation contractuelle est dû non pas à une contrainte économique, à une exploitation abusive mais qu'elle est le fruit d'une négociation équitable et d'une relation contractuelle basée sur un échange des consentements libres et éclairés.

2036. Il semble plus cohérent de faire peser sur la victime la démonstration du déséquilibre structurel que sur l'auteur. En effet, il sera plus facile pour la victime de prouver ce déséquilibre qui participe de sa faiblesse économique que pour l'auteur de prouver l'absence de déséquilibre structurel.

Dans le même esprit, il semble plus cohérent de faire peser sur l'auteur la démonstration de l'absence de l'exploitation abusive du déséquilibre structurel que sur la victime. En effet, dans une situation de contrainte économique, l'auteur est la partie économiquement forte. Il dispose de moyens financiers, techniques et juridiques plus importants que la victime. Il est donc plus aisé pour lui d'apporter la preuve de l'exploitation abusive qui est l'élément essentiel dans le traitement de la contrainte économique et qui est également la condition la plus dure à prouver.

Rares sont les victimes qui décident d'agir en justice. Or, lorsqu'elles le font, elles sont souvent découragées par les longues et complexes procédures judiciaires. Elles sont également découragées par la difficulté de la charge de la preuve de l'abus qui est au coeur de la contrainte économique mais qui est l'élément le plus dur à prouver d'autant

plus avec leurs moyens financiers limités. Faire peser la preuve de l'exploitation abusive sur les victimes semblent être injuste et apparaît alors comme une double peine.

2037. L'aménagement de la charge de la preuve peut concerner également le cas où un tiers est mandaté par une partie pour intervenir dans la conclusion du contrat entaché de contrainte économique. Dans ce cas, la charge de la preuve telle qu'elle est organisée aujourd'hui n'est pas satisfaisante. Elle méconnaît une partie de la réalité et laisse vivre une situation de contrainte économique qui devrait être sanctionnée.

2038. Certains projets de réforme ont tenté d'organiser la charge de la preuve pour ce type de situations.

Le projet LANDO organise un aménagement de la charge de la preuve relativement intéressant.

En effet, le projet LANDO¹⁶⁶¹ prévoit un aménagement de la charge de la preuve lorsqu'un tiers est concerné¹⁶⁶² par la conclusion d'un contrat et qu'il « (a) a connu ou prévu un fait, ou aurait dû le connaître ou le prévoir, (b) ou a accompli un acte intentionnel ou constitutif d'une faute lourde, ou non conforme aux exigences de la bonne foi »¹⁶⁶³. Dès lors, « la connaissance, la prévision ou la conduite est imputée à la partie elle-même »¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶¹ (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

¹⁶⁶² C'est-à-dire s'il est « intervenu dans la conclusion d'un contrat avec l'accord d'une partie, ou à qui celle-ci a confié l'exécution ou qui a exécuté avec son accord » : Art. 1 : 305 des (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

¹⁶⁶³ Art. 1 : 1305 « Imputation de connaissance et d'intention » des (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

¹⁶⁶⁴ Art. 1 : 305 des (Dir.) O. LANDO, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

2039. Le renversement de la charge de la preuve et plus précisément ce renversement de la présomption d'innocence est assez appréciable. Cet article présente un intérêt particulier dans le cadre du traitement de la contrainte économique. En effet, il faut imaginer le cas où un tiers a participé pour le compte d'une partie à la conclusion d'un contrat entaché de contrainte économique, il y aura alors un renversement de la charge de la preuve quant à la connaissance, la prévision ou la conduite de la contrainte économique qui est imputée à la partie elle-même et non plus à la victime de la contrainte économique. Il est légitime de s'interroger sur la nécessité de conditionner la démonstration de l'acte de violence à la démonstration de la connaissance par le contractant de la violence commise par le tiers sur la victime alors même qu'en pratique il est assez rare que la partie n'en ait pas connaissance. Effectivement, souvent dans ce cas, la partie a connaissance ou aurait dû avoir connaissance des agissements du tiers qui agit dans son intérêt et pour son compte.

2040. Cette disposition permet donc d'être plus proche de la réalité.

Elle permet de faire peser les agissements délictuels du tiers à qui il a été donné mandat d'agir pour le compte de la partie sur la partie elle-même ; agissements dont elle a souvent connaissance, si ce n'est plus. Agissant pour son compte, il est normal que ce-dernier réponde des comportements délictuels du tiers à qui elle a permis d'intervenir dans la sphère contractuelle. Cette disposition est non seulement légitime mais également opportune pour le traitement de la contrainte économique.

2041. Cette disposition s'avère être également opportune. Elle permet de prendre en compte une situation de contrainte économique qui existe et qui aurait échappé aux dispositions sanctionnant la contrainte économique alors même qu'il s'agit d'un abus de déséquilibre structurel.

Par ailleurs, la partie pour le compte de laquelle le tiers est mandaté est la partie la plus forte économiquement et donc elle dispose davantage de moyens financiers. Par conséquent, l'apport de la preuve est donc plus aisé. D'autant plus, qu'il est objectivement

plus facile pour cette partie de démontrer l'absence de connaissance que pour la victime, partie la plus faible dans la relation contractuelle, de démontrer la connaissance des agissements du tiers par son cocontractant.

Ainsi, cette disposition permet de faciliter la démonstration de la contrainte économique pour la victime et de traiter une situation de contrainte économique qui aurait pu échapper aux dispositions relatives aux abus de déséquilibre structurel.

2042. L'intervention administrative, en amont, doit se coupler avec une intervention judiciaire, en aval, dans le traitement de la contrainte économique.

Il est essentiel encourager et célébrer une intervention judiciaire dans le cadre de la lutte contre la contrainte économique, malgré l'appréhension négative, par ailleurs injustifiée, que les juristes français peuvent ressentir et cultiver à l'encontre de l'intervention judiciaire. Au demeurant, les juges du fond font une application très rigoureuse de leur pouvoir d'interprétation démontrant alors une particulière de sagesse et une certaine retenue. C'est ainsi que l'intervention judiciaire offre les garanties et les garde-fous et la flexibilité si caractéristiques et nécessaires à la contrainte économique.

PARAGRAPHE II. UNE INTERVENTION JUDICIAIRE DANS LE TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE À CÉLÉBRER

2043. Le traitement de la contrainte économique doit également être accompagné par un interventionnisme judiciaire dans la mise en pratique des régimes traitant de la contrainte économique concernant notamment le recours à la renégociation. Le juge se veut lors un ami des contractants et non leur ennemi et dont le but sera de recréer au sein du contrat un équilibre entre justice contractuelle et liberté contractuelle dans le respect de la volonté

des parties. Contrairement à la position traditionnelle défendue par la communauté juridique française, la voie de l'interventionnisme judiciaire doit être encouragée. Elle présente de nombreux avantages.

2044. L'appréciation même des conditions de la contrainte économique est marquée par une profonde subjectivité. L'appréciation de ces conditions se fait *in concreto*. De même, les critères d'appréciation retenus ne dépendent finalement que de l'interprétation donnée par les magistrats.

Bien que certains critères d'appréciation puissent avoir quelques aspects objectifs, ils sont tous majoritairement subjectifs car leur poids dans le traitement de la contrainte économique sera uniquement déterminé par les magistrats qui leur donneront l'importance et l'influence qu'ils souhaitent dans la réception de la contrainte économique.

2045. Ce subjectivisme est le fruit d'une très longue évolution de la jurisprudence en droit civil qui a, dans un premier temps, mis en opposition le recours aux données psychologiques et aux données morales. Puis, dans un second temps, elle a préféré les données psychologiques aux données morales¹⁶⁶⁵. En effet, comme le Professeur Dominique FENOUILLET le rappelle « *l'essor du subjectivisme tient ensuite aux innovations de fond* »¹⁶⁶⁶ [...] procédant d'« *une conception plus éthique de l'engagement conventionnel* »¹⁶⁶⁷ et qui « *visent pour l'essentiel la même finalité : renforcer la qualité des consentements* »¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶⁵ v. l'évolution de la reconnaissance de la contrainte économique en droit civil.

¹⁶⁶⁶ D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 279, §29.

¹⁶⁶⁷ P. CATALA, « Au-delà du bicentenaire », *RDC*, 1 octobre 2004, n° 4, p. 1145.

¹⁶⁶⁸ D. FENOUILLET, *op. cit.*

2046. Toutefois, ce subjectivisme crée un aléa juridique et de l'insécurité juridique car « ces termes correspondent à autant de conditions qui seront livrées à l'interprétation des juges, ouvrant le champ à des applications plus ou moins large »¹⁶⁶⁹ des régimes traitant de la contrainte économique.

2047. Aussi, il convient d'objectiver le traitement de la contrainte économique c'est-à-dire de mettre en place certains garde-fous permettant aux justiciables de pouvoir anticiper la mise en oeuvre des régimes de la contrainte économique afin de les protéger autant que faire se peut de l'aléa juridique et d'éviter que ces régimes traitant de la contrainte économique ne fassent l'objet d'une application perverse quelque peu victimaire dont le seul but serait de faire annuler un contrat mal négocié ou mettre fin à une relation contractuelle qui n'est plus souhaitée désirée.

2048. La jurisprudence, l'expérience et la sagesse¹⁶⁷⁰ des magistrats sont d'autant de garde-fous qui permettront de mettre en oeuvre ces régimes et de contrebalancer la subjectivité de ces conditions.

2049. Cela peut même paraître contradictoire en ce sens que l'aléa juridique vient du fait que toutes les conditions sont soumises à l'appréciation des magistrats qui seront alors libres de leur accorder la portée et l'influence qu'ils souhaiteront pour chaque situation.

¹⁶⁶⁹ G. LOISEAU, « Droit des contrats - Observations », *L.P.A.*, 4 septembre 2015, n° 177, p. 51. Dans le même sens : P. STOFFEL-MUNCK, « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 45 ; M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet » », *JCP*, 22 octobre 2008, n° 43, I, 199 : « le droit évolue déjà dans maintes autres domaines vers un subjectivisme et un contrôle des intentions, et il est bon de conserver quelques outils objectifs permettant d'indiquer quelles situations ne sont pas autorisées et validées par le droit indépendamment du consentement des parties ».

¹⁶⁷⁰ P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*

2050. D'ailleurs, certains remettent en cause la sagesse de la jurisprudence dans sa mission d'interprétation¹⁶⁷¹ ou déplorent la lenteur de la jurisprudence à clarifier les choses¹⁶⁷² et donc à dessiner des lignes suffisamment générales et larges à partir desquelles une théorie générale pourrait être construite pour envisager avec plus de clairvoyance l'application de ces conditions et permettre ainsi de mettre les justiciables à l'abri de l'insécurité juridique régnant au sein de ces régimes.

2051. Contrairement au principe de non-ingérence dans le contrat¹⁶⁷³ qui reste fondamental en Droit français, car « *l'intervention du juge dans le contrat est appréhendée avec méfiance et défiance en Droit français* » car « *considérée comme une source fatale d'insécurité* »¹⁶⁷⁴, les projets de réforme en droit des contrats dotent les magistrats d'un important pouvoir (possibilité de rééquilibrer le contrat) dont certains doivent être pris avec précaution et sur lesquels il conviendra de revenir.

2052. Certains expriment quelques réticences à cette intervention du juge. Ils estiment que le juge a « *un rôle excessif* »¹⁶⁷⁵ et mettent en avant les dangers que pourrait représenter « *l'arbitraire du juge* »¹⁶⁷⁶. Pour eux, l'intervention du juge est une source d'insécurité¹⁶⁷⁷ qui pourra entraîner la perte de la maîtrise du contrat par les parties et le placer entre les mains du juges¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷¹ P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹⁶⁷² Dans ce sens : P. STOFFEL-MUNCK, « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 45 ; O. TOURNAFOND, « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », *Dr. et prati.*, 2015, n° 247.

¹⁶⁷³ D. MAZEAUD, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.*, 2009, p. 1364, §7.

¹⁶⁷⁴ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *L.P.A.*, 7 mai 2004, n° 92, p.47, §32.

¹⁶⁷⁵ Position contraire adoptée par l'auteur qui rejette les critiques généralement émises à l'intervention du juge : F. TERRE, « La réforme du droit des contrats », *D.*, 2008, p. 2992.

¹⁶⁷⁶ O. TOURNAFOND, « Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats commentaire raisonné et critique », *Dr. et prati.*, 2014, n° 241 : exprime l'inquiétude que le « simple déséquilibre économique entre les contractants pourrait ouvrir la voie à la reconnaissance de cet état de nécessité ou de dépendance ».

¹⁶⁷⁷ Dans le même sens : O. TOURNAFOND, « Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats commentaire raisonné et critique », *Dr. et prati.*, 2014, n° 241.

¹⁶⁷⁸ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, LexisNexis, Paris, 2012, p. 40, §56.

Le Professeur Philippe STOFFEL-MUNCK estime que : « *l'apparente subjectivité de ces critères rapportée à la vigueur de la sanction offerte, favorise ce que les économistes appellent des « comportements opportunistes »* »¹⁶⁷⁹. Le choix de la nullité comme sanction à la violence économique permettrait « *de se libérer d'une affaire dont les risques ont mal tourné, et on rappellera qu'au surplus, le jeu des restitutions lui permet parfois de s'enrichir à très bon compte* »¹⁶⁸⁰. Ainsi, pour lui, « *l'élasticité de (c)es critères et la vigueur de la sanction dont elle est assortie sont un appel d'air au contentieux* »¹⁶⁸¹.

2053. Lorsque la volonté d'une partie semble être menacée, l'intervention des juges pourrait permettre d'assainir la relation contractuelle et de maintenir un équilibre entre justice contractuelle, liberté contractuelle et sécurité juridique¹⁶⁸².

2054. L'intervention des juges est perçue alors comme oeuvrant pour la pérennité contractuelle¹⁶⁸³. Sans aller jusqu'à dire qu'elle « *restaure l'équilibre contractuel ou neutralise l'erreur* »¹⁶⁸⁴, elle permet de stabiliser les rapports contractuels¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁷⁹ P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹⁶⁸¹ P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹⁶⁸² B. FAUVARQUE-COSSON, « Table ronde : Le regard des juristes européens », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 371.

¹⁶⁸³ D. MAZEAUD, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *op. cit.* ; B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *L.P.A.*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3.

¹⁶⁸⁴ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959.

¹⁶⁸⁵ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *op. cit.*

Notamment, lorsque la victime donne son accord pour la renégociation, dans ce cas et bien qu'elle ne puisse neutraliser en rien l'extorsion du consentement de la victime, l'intervention du juge peut, d'une certaine manière, être compris comme une sorte de confirmation de la convention qui l'a contraint en premier lieu.

2055. Aussi, l'intervention du juge ne peut être rejetée par peur d'un certain arbitraire du juge car s'il intervient dans le cadre du traitement de la contrainte économique pour renégocier le contrat entaché de contrainte économique, le juge ne se substitue pas aux parties¹⁶⁸⁶, il agit avec le consentement de la victime en respectant « *la partition contractuelle originelle, telle qu'elle avait été conçue par les parties* »¹⁶⁸⁷. En effet, les parties ne perdent pas la maîtrise du contrat comme certains peuvent le craindre. Par ailleurs, l'intervention du juge permet que le contrat reste bien l'objet de la chose de la volonté des parties et qu'il ne devienne pas un outil d'oppression contractuelle d'une partie sur l'autre.

2056. La judiciarisation des conventions peut être appréhendée comme une solution pour contrebalancer l'unilatéralisme de plus en plus fréquent en Droit et qui est le fruit des déséquilibres structurels entre contractants.

L'unilatéralisme est l'expression de la volonté unique du contractant le plus fort. L'unilatéralisme ne semble effectivement pas être « *compatible avec l'évolution du droit des contrats consistant à protéger certaines parties dans le rapport d'obligation* »¹⁶⁸⁸. L'intervention du juge dans les contrats permet de restaurer de la justice dans le rapport contractuel.

¹⁶⁸⁶ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *Ibid.*

¹⁶⁸⁷ D. MAZEAUD, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *Ibid.*

¹⁶⁸⁸ L. GRYNBAUM, « Un code, mais lequel ? », *RDC*, 1 avril 2008, n° 2, p. 579.

2057. Aussi, il faut appréhender l'intervention du juge de manière beaucoup plus pragmatique¹⁶⁸⁹ et dynamique¹⁶⁹⁰ à l'instar des projets de réforme.

Sans qu'il s'agisse pour autant d'« *oeuvre collective* »¹⁶⁹¹, le juge devient l'allié des parties afin de pérenniser les rapports contractuel¹⁶⁹².

2058. L'intervention du juge dans les contrats permet de créer ou de rétablir un équilibre subtil entre justice contractuelle, liberté contractuelle et sécurité juridique.

2059. Par ailleurs, le recours aux juges est non seulement nécessaire mais également essentiel à la mise en oeuvre des conditions relatives de la contrainte économique conditions pour « *leur donner vie et disposer de la flexibilité nécessaire pour les adapter au fil du temps aux évolutions des moeurs et des besoins juridiques* »¹⁶⁹³.

2060. Il appartient uniquement aux juges de déterminer un seuil entre le simple besoin et l'état de nécessité, entre l'ancienneté dans une relation économique et l'état de dépendance économique. En somme entre un simple rapport de force économique inégal et un déséquilibre structurel. Ils vont devoir fixer un seuil entre un résultat avantageux pour une partie et un résultat pouvant découlant d'une situation de contrainte économique, et enfin ils devront établir un seuil entre une exploitation abusive et une simple exploitation qui est admise car relevant du jeu commercial normal¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁸⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, *op. cit.*

¹⁶⁹⁰ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *Ibid.*, p.47.

¹⁶⁹¹ comme c'est le cas pour D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *Ibid.*, p.47.

¹⁶⁹² D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *Ibid.*

¹⁶⁹³ F. BAUMGARTNER, « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 668.

¹⁶⁹⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

2061. Tout ces critères déterminés par l'expérience et la sagesse du juge seront également tributaires d'« *une prévisibilité proportionnée à la personnalité du juge* »¹⁶⁹⁵.

Cette intervention importante des magistrats dans le contrat s'inscrit dans une volonté plus générale de confiance à l'égard des juges en matière contractuelle de la part des projets de réforme¹⁶⁹⁶ car elle s'inscrit en priorité en faveur de la survie du contrat dont le juge assure la loyauté contractuelle.

2062. La sagesse et l'expérience des juges ont démontré à plusieurs reprises par le passé qu'ils savaient faire preuve de parcimonie dans l'application de la violence morale où ils refusent d'assimiler « *des conditions économiques défavorables ou une situation de dépendance* »¹⁶⁹⁷ à la violence morale.

Le recours à la jurisprudence, comme relais, offre l'avantage aux politiques juridiques d'être malléables. Les juges assurent, en effet, la flexibilité du Droit¹⁶⁹⁸.

2063. Par ailleurs, s'agissant de la sécurité juridique, en raison de leur expérience et de leur sagesse, le recours aux juges permettra de faire barrages aux comportements opportunistes en rejetant ces demandes et en dégagant une politique jurisprudentielle générale permettant de dessiner des théories générales qui indiqueraient que les magistrats luttent activement à ces comportements opportunistes.

D'ailleurs, il faut souligner le recours à des régimes dont la lettre est trop détaillée ne permettent pas d'appréhender les comportements nécessaires car ils ont pour effet de limiter le recours à un régime, d'étouffer le régime et de porter atteinte à l'efficacité dudit régime.

¹⁶⁹⁵ P. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹⁶⁹⁶ D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *Ibid.*

¹⁶⁹⁷ O. TOURNAFOND, *Ibid.*

¹⁶⁹⁸ P. CATALA, *Ibid.*, p. 1145, §10.

2064. De même s'agissant de la malléabilité, il est indispensable d'encourager l'intervention des juges dans la mise en oeuvre des conditions régissant les régimes traitant de la contrainte économique. En effet, le fait de retenir des standards juridiques est essentiel pour offrir à ces régimes une malléabilité nécessaire à la contrainte économique, notion très contextuelle et afin d'assurer l'efficacité de ces régimes. Ainsi, l'intervention des juges dans la mise en oeuvre de ces conditions est nécessaire. Toutefois, il n'y a aucune raison de faire preuve de méfiance à l'encontre des magistrats. En effet, par le passé, ils ont montré à maintes reprises avoir recours avec parcimonie et sagesse à leur pouvoir d'interprétation.

2065. L'Autorité de la concurrence encourage également l'interventionnisme judiciaire dans la lutte contre la contrainte économique. En effet, elle souhaiterait intervenir « *en matière de dépendance économique à l'aune de l'action parallèle du ministre au titre des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence* »¹⁶⁹⁹. Elle souhaite que l'Autorité puisse s'auto-saisir des faits relevant de l'article L.420-2 du Code de commerce comme complément à l'intervention du ministre qui agit en matière de pratiques restrictives de concurrence. Elle estime qu'elle a les capacités d'enquêtes nécessaires. En effet, elle déclare que : « *la nécessité de documenter les pratiques éventuelles, en particulier en l'absence de victime potentielle déterminée à prêter spontanément son concours à l'établissement des faits, suppose de mobiliser des pouvoirs d'enquêtes qui sont rigoureusement les mêmes pour le ministère et l'Autorité* »¹⁷⁰⁰. De plus, elle rappelle que « *le plafond de l'amende susceptible d'être prononcée est plus élevé devant l'Autorité qu'il ne l'est devant le juge commercial dans le cadre d'une action introduite sur le fondement de l'article L.442-6-III du Code de commerce* »¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁹ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, *BOCCRF*, 1 avril 2015, p. 88, §298.

¹⁷⁰⁰ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *op. cit.*, p. 88, §300.

¹⁷⁰¹ Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 88, §301.

2066. Le gouvernement a suivi la proposition de l’Autorité de la concurrence et a décidé de renforcer ses pouvoirs d’enquêtes de l’Autorité dans le cadre de sa mission de l’article L.450-3 du Code de commerce¹⁷⁰². Par ailleurs, le gouvernement tranche en faveur du ministre de l’Economie et invite l’Autorité de la concurrence à rejeter la saisine lorsque les faits invoqués peuvent être traités par le ministre de l’Economie¹⁷⁰³.

2067. Enfin, l’Autorité de la concurrence rappelle que le standard de preuve pour la démonstration d’un abus de dépendance économique au titre de l’article L.420-2 du Code de commerce, en ce qu’il relève de la démonstration de l’atteinte à la concurrence, est relativement différent de celui des actions introduites sur le fondement de l’article L.442-6 en raison du caractère *per se* des condamnations, et que, ce standard de preuve relève d’autant plus de ses fonctions que celui de l’article L.442-6¹⁷⁰⁴.

2068. Par ailleurs, l’aléa juridique inné à la judiciarisation du contrat peut être balayé car la jurisprudence a su dégager des tendances permettant de dessiner des théories générales limitant grandement l’insécurité juridique des justiciables concernant l’évolution jurisprudentielle de la violence économique.

En plus des conditions qui constituent elles-mêmes des garde-fous, les juges représentent, par leur sagesse et de leur expérience, d’autant d’obstacles aux comportements opportunistes. Il est bien dommage et de mauvaise foi de considérer que les juges sont dans l’incapacité de repérer et de lutter contre les obstacles aux comportements opportunistes.

¹⁷⁰² L’al. 4 de l’art. L.450-3 du C. com a ainsi été modifié : « *Les agents peuvent exiger la communication et obtenir ou prendre copie, par tout moyen et sur tout support, des livres, factures et autres documents professionnels de toute nature, entre quelques mains qu'ils se trouvent, propres à faciliter l'accomplissement de leur mission. Ils peuvent exiger la mise à leur disposition des moyens indispensables pour effectuer leurs vérifications. Ils peuvent également recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement, document ou toute justification nécessaire au contrôle* ».

¹⁷⁰³ Art. 217 de loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques (dite loi MACRON), *JORF*, 7 août 2015, n° 181, p. 13537.

¹⁷⁰⁴ Avis de l’Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, *Ibid*, p. 88, §302.

2069. En somme, loin d'être la pire des solutions, le recours au juge apparaît non seulement comme étant inévitable mais il semblerait que le juge permet d'établir un équilibre entre justice contractuelle, liberté contractuelle et sécurité juridique.

Le juge joue, ici, le rôle de gardien de la loyauté contractuelle. Il est en charge de prescrire et d'imposer le juste et non plus simplement de dire le Droit.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

2070. Les régimes traitant de la contrainte économique ne sont pas sollicités et ce malgré l'importance fondamentale de la finalité qu'ils poursuivent qui est la protection de l'intégrité du consentement. Lorsqu'ils sont sollicités, au vu de l'inopportunité de ces régimes, ils ne peuvent offrir une complète satisfaction aux justiciables. Force est alors de constater que la réception de la contrainte économique par le Droit est un échec.

2071. L'étude des régimes traitant de la contrainte économique démontre que la réception de la contrainte économique organisée par le Droit est inopérante. Le Droit n'a, définitivement, pas été à la hauteur de la menace que représente la contrainte économique.

2072. L'inefficacité de la réception actuelle de la contrainte économique est due à des conditions inadaptées au traitement de la contrainte économique et à des sanctions inefficaces et incohérentes à sanctionner les abus de déséquilibre structurel.

Le droit positif fait le choix de conditions inadaptées aux particularités de la contrainte économique. Tous les régimes traitant de la contrainte économique retiennent des conditions communes. Ces conditions sont légitimes et opportunes ; et par conséquent, elles sont nécessaires à la qualification des situations de contrainte économique. C'est le cas des conditions relatives au déséquilibre structurel, à l'exploitation abusive d'un rapport de force inégal, au lien de causalité, et au résultat. D'ailleurs, ces conditions correspondent au régime commun de la notion de contrainte économique établi précédemment.

2073. En plus de ces conditions communes impératives, ces régimes requièrent la démonstration de conditions propres c'est-à-dire des conditions qui portent le particularisme des droits spéciaux au titre desquels ces régimes sont envisagés. Elles jouent un rôle déterminant dans le traitement de la contrainte économique.

Ces conditions sont inutiles pour la caractérisation d'une situation de contrainte économique et sont un frein à la lutte contre les abus de déséquilibre structurel.

Il existe une première différence entre la finalité poursuivie par les régimes traitant de la contrainte économique et la finalité poursuivie par les droits spéciaux au titre desquels ces régimes sont envisagés ; et une seconde, entre ces finalités disparates et la finalité poursuivie par la contrainte économique.

2074. Or, bien que ces conditions soient légitimes pour atteindre le but poursuivi par chaque droit spécial au titre duquel elles sont retenues car elles poursuivent la même finalité et s'inscrivent dans la même logique qui anime ces droits spéciaux. Elles sont illégitimes pour le traitement de la contrainte économique car elles s'inscrivent dans une logique et une finalité différente.

2075. Ces conditions particulières sont également inopportunes pour le traitement de la contrainte économique. Elles alourdissent la charge de la preuve alors même qu'elles sont inutiles pour la caractérisation d'une situation de contrainte économique. Elles tendent à limiter considérablement le champ d'application de la contrainte économique laissant des abus de déséquilibre structurel impunis ce qui affecte l'efficacité de la réception de la contrainte économique.

2076. L'illégitimité et l'inopportunité de ces conditions est due au particularisme des droits spéciaux et la différence de finalités poursuivies entre les droits spéciaux et la lutte contre la contrainte économique. Les conditions propres à chaque droit entravent le traitement de la contrainte économique. Ainsi, le particularisme des droits spéciaux a un effet néfaste sur la réception de la contrainte économique.

2077. Ces conditions particulières expliquent, partiellement, l'échec de la réception de la contrainte économique par le Droit.

Effectivement, l'échec du traitement de la contrainte économique s'explique également par le choix de sanctions inefficaces et incohérentes pour sanctionner les abus de déséquilibre structurel.

Les régimes connaissant de la contrainte économique optent à la fois pour des sanctions civiles communes et pour des sanctions particulières c'est-à-dire des sanctions propres à chaque régime et qui portent en elles le particularisme de chaque droit spécial au titre duquel le régime est consacré.

2078. La contrainte économique est sanctionnée par le biais de sanctions civiles dont le recours est préconisé en raison de leur légitimité et de leur opportunité à traiter les abus de déséquilibre structurel.

C'est le cas de la nullité de l'acte entaché de contrainte économique et le versement de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par la victime. Ces sanctions s'inscrivent pleinement dans la même logique que celle de la lutte contre la contrainte économique et permettent d'atteindre l'objectif visé par la réception de la contrainte économique qui est la protection de l'intégrité du consentement de la victime. Elles disposent donc d'une légitimité certaine.

2079. Les sanctions communes civiles sont également opportunes à connaître les abus de déséquilibre structurel. La nullité et l'octroi de dommages et intérêts permettent de protéger le consentement de la victime en annulant, d'une part, l'acte pour lequel la victime n'a pas donné de réel consentement et en permettant, d'autre part, de réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de cette contrainte. La nullité et la réparation du préjudice subi remplissent, ici, parfaitement les fonctions de protection et de réparation. Elles permettent, ainsi, d'atteindre l'objectif visé par la lutte contre la contrainte économique. Ainsi, les sanctions communes civiles sont opportunes pour la réception des abus de déséquilibre structurel. Le recours à ces sanctions civiles est donc indispensable au traitement de la contrainte économique. Toutefois, la nullité et la réparation du préjudice subi ne présentent pas de caractère dissuasif. Or, la contrainte économique est une faute lucrative.

Dès lors, le caractère dissuasif des sanctions est essentiel pour assurer l'efficacité du traitement de la contrainte économique sans quoi la réception aura peu intérêt.

2080. Aussi, il est impératif de renforcer considérablement l'opportunité de ces sanctions afin de rendre la lutte contre la contrainte économique plus dissuasive et donc plus efficace.

2081. Les situations de contrainte économique sont également sanctionnées par des sanctions particulières. Le recours à ces sanctions est critiquable aussi en légitimité qu'en opportunité.

2082. Ces conditions sont au service d'une autre finalité que celle de la lutte contre la contrainte économique. Elles s'inscrivent dans une logique qui est en contradiction avec la logique contractuelle de la lutte contre la contrainte économique. Aussi, elles ne sont pas légitimes à sanctionner les abus de déséquilibre structurel. En plus d'être illégitime, elles ne présentent aucune opportunité pour appréhender de manière efficace la contrainte économique.

2083. Elles paraissent, en théorie, soit tantôt trop sévères soit tantôt trop clémentes. Cependant, en tout état de cause, elles se révèlent être, en pratique, inefficaces car elles ne sont pas suffisamment dissuasives.

Ainsi, elles ne présentent aucune efficacité pour sanctionner les situations de contrainte économique.

Les sanctions répressives et quasi-répressives apparaissent comme étant trop sévères. En effet, l'ingérence du droit pénal en matière contractuelle, qui est l'objet des parties, est choquante.

Les sanctions répressives et quasi-répressives ont un effet dissuasif incontestable. Toutefois, en pratique ces sanctions ne sont pas retenues à l'encontre des auteurs.

Aussi, en pratique, les sanctions répressives et quasi-répressives ne présentent pas d'effet dissuasif. Le caractère indemnitaire de la sanction fait également défaut.

2084. Le droit positif a fait le choix regrettable de conditions et de sanctions particulières qui sont illégitimes et inopportunes à connaître les abus de déséquilibre structurel.

Loin d'être porteuse d'espoir, la réception de la contrainte économique par le droit progressif est désastreuse. Effectivement, fidèle héritier du droit positif, le droit progressif tombe dans les mêmes écueils et réitère les mêmes erreurs et les mêmes lacunes que celle du droit positif.

2085. Dans l'approche de la notion de contrainte économique, tiraillé entre la logique traditionnelle, qui se focalise sur la cause du rapport contractuel et la logique libérale qui se focalise sur le résultat obtenu du rapport contractuel, le droit progressif a dû mal à déterminer la finalité de la lutte contre la contrainte économique. Cette différence de logique met en exergue la confusion qui existe dans l'esprit des juristes.

2086. Le droit progressif ne parvient pas à déterminer la finalité de la contrainte économique. Ce qui a un impact considérable sur le choix de l'instrument permettant de traiter les situations de contrainte économique et sur le choix des conditions et des sanctions.

Effectivement, le droit progressif fait un choix déplorable des instruments traitant de la contrainte économique. Soit les instruments choisis poursuivent une finalité différente de celle de la lutte contre la contrainte économique soit ils ont pour effet d'étouffer le champ d'application de la contrainte économique.

2087. Par ailleurs, le choix des régimes traitant de la contrainte économique est plus que perfectible. Effectivement, des conditions inutiles voire même néfastes au traitement des abus de déséquilibre structurel sont requises pour la caractérisation d'une situation de

contrainte économique, alors que des conditions essentielles à la qualification des abus de déséquilibre structurel méritent être profondément corrigées, précisées voire même parfois simplement envisagées.

2088. De même, le choix des sanctions est discutable. Le droit progressif opte soit pour des structures punitives relativement traditionnelles qui sont largement améliorables notamment concernant l'opportunité soit pour des structures punitives innovantes mais incohérentes avec la logique et la finalité poursuivies par la lutte contre la contrainte économique.

En tout état de cause, le droit progressif du traitement de la contrainte économique permet comme le souligne le Professeur Dominique FENOUILLET de définir de nouveaux équilibres entre liberté et contrainte dans la formation du contrat, entre subjectivisme et objectivisme quant à la validité du contrat et entre sécurité et justice¹⁷⁰⁵.

2089. Ni « *désolante épave doctrinale* »¹⁷⁰⁶ ni « *superbe navire amiral du droit européen des contrats* »¹⁷⁰⁷, les projets de réforme sont de belles oeuvres doctrinales comme autant d'invitations au débat permettant d'enrichir les textes. Toutefois, le droit progressif nécessite encore des améliorations profondes concernant le traitement de la contrainte économique quant au choix de l'instrument permettant d'appréhender les abus de déséquilibre structurel et quant au choix des conditions et des sanctions. Mais d'abord, les juristes doivent revoir la finalité et à la logique sur lesquelles reposent ces régimes afin que le traitement de la contrainte économique par le droit progressif puisse devenir « *un phare vers lequel ils se dirigeront* »¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁵ D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 279, §12 et s.

¹⁷⁰⁶ D. MAZEAUD, « Observations conclusives », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 177, §26.

¹⁷⁰⁷ D. MAZEAUD, *op. cit.*

¹⁷⁰⁸ P. STOFFEL-MUNCK, « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 45.

2090. En définitive, la réception de la contrainte économique par le droit positif et par le droit progressif est un échec aussi bien sur le terrain de la théorie, en raison de l'absence d'un régime commun et d'une définition propre à la notion de contrainte économique ; que, sur le terrain de la pratique, en raison du traitement indirect de la contrainte économique et du choix de conditions inadaptées et de sanctions incohérentes et inefficaces.

2091. Afin de pallier les maux qui entravent le traitement des abus de déséquilibre structurel, il est nécessaire d'envisager des aménagements indispensables pour un traitement efficace et cohérent de la contrainte économique. La lutte contre la contrainte économique s'inscrit dans un schéma bien plus vaste que le traitement direct des abus de déséquilibre structurel. D'ailleurs, le droit substantiel n'est pas le seul à être concerné. Le droit processuel est également un échec. En effet, la réforme en profondeur du traitement de la contrainte économique requière l'amélioration du droit processuel des abus de déséquilibre structurel.

2092. Il est impératif d'améliorer l'accès en justice, de perfectionner l'action en justice et adapter le droit processuel aux particularités de la contrainte économique pour encourager et même accompagner les justiciables dans la lutte contre les abus de déséquilibre structurel.

En raison des procédures longues, complexes et onéreuses ; en raison de l'administration de la preuve qui est particulièrement lourde et qui doit être supportée seule par la victime et en raison de la peur de représailles, les justiciables sollicitent peu les régimes traitant de la contrainte économique et abandonnent l'idée d'une action en justice.

2093. Pour améliorer et adapter le droit d'ester en justice aux particularités de la contrainte économique, il faut permettre à des personnes libres des inconvénients rencontrés par les victimes de prendre le relais et de déclencher l'action dans le but que la victime se joigne, *in fine*, à cette action.

2094. Pour ce faire, il faut d'abord consolider le droit d'alerte. Le droit d'alerte doit être élargi à la contrainte économique tout en assurant une protection accrue des lanceurs d'alerte, condition impérative pour que le droit d'alerte soit véritablement efficace. Il faut protéger davantage les lanceurs d'alerte car la protection offerte par le Droit est tellement dérisoire qu'elle est parfois dissuasive.

De plus, il faut plaider pour une action de groupe en cas de contrainte économique. L'action de groupe permet d'alléger la charge de la preuve et relative le coût et la complexité de la procédure ainsi que le sentiment de sollicitude pouvant être ressentie durant ces procédures par les victimes. Ainsi, l'action de groupe améliora l'accès en justice des justiciables car elle encourage les victimes à agir en justice mais elle facilite également leur action en justice.

2095. Par ailleurs, le recours à l'interventionnisme administratif permet de stimuler l'action en justice des justiciables et de la rend plus aisée. Il permet d'encourager d'accompagner les justiciables dans la lutte contre la contrainte économique.

2096. Le droit d'action des victimes peut être renforcé ayant recours à l'interventionnisme administratif en permettant notamment au ministre et à certaines administrations, expertes en matière de contrainte économique, mais encore trop peu exploitées, de se saisir d'affaires relatives à un abus de déséquilibre structurel. Le recours à l'interventionnisme administratif présente de nombreux avantages et permettrait un gain d'efficacité non négligeable pour le traitement des abus de déséquilibre structurel. L'interventionnisme administratif permet d'améliorer l'action en justice en renforçant les moyens, la qualité et les pourvois d'enquêtes.

2097. L'intervention ministérielle, déjà à l'oeuvre, doit être encouragée en renforçant l'action d'agir en justice du ministre. De même, il faut davantage exploiter l'interventionnisme des administrations telle que la DGCCRF et la CEPC qui présentent de nombreux avantages (l'octroi de moyens financiers et d'enquêtes importants, la possibilité de prononcer une amende administrative, la garantie d'une procédure

contradictoire, la possibilité d'un contrôle postérieur par le juge administratif). Elles permettraient de faciliter et d'alléger la charge du ministre tout en la compléter.

En plus, de l'interventionnisme administratif, en amont, le traitement de la contrainte économique doit également être accompagné, en aval, par un interventionnisme judiciaire.

2098. Réformer le droit processuel de la contrainte économique exige de perfectionner l'action en justice pour la rendre plus juste et plus équitable lorsque les justiciables acceptent de mener une action en cas de contrainte économique.

Il est nécessaire de permettre aux justiciables un exercice plein et efficace de leur action en justice notamment en réorganisant la charge de la preuve et en modernisant l'action en justice par la célébration de l'intervention judiciaire en cas de contrainte économique. Contrairement à la position traditionnelle particulièrement méfiante du Droit français à l'égard de la judiciarisation de la matière contractuelle, il faut encourager l'intervention judiciaire qui offre les garanties et les garde-fous ainsi que la flexibilité nécessaire à la lutte contre la contrainte économique.

2099. En Droit français, la judiciarisation du contrat est perçue comme une source d'aléa juridique et d'insécurité entraînant la perte de la maîtrise du contrat par les parties. L'expérience et la sagesse des juges sont d'autant de garde-fous qui permettront de contrebalancer la subjectivité des conditions. Le recours aux magistrats comme relais offre l'avantage pour les politiques juridiques d'être malléables. La jurisprudence assure donc la flexibilité du Droit. Au demeurant, les juges du fond exercent très rigoureusement leur pouvoir d'interprétation.

2100. L'intervention du juge ne peut être rejetée par peur d'un certain arbitraire car s'il intervient dans le pour renégocier le contrat entaché de contrainte économique, il ne se substitue pas aux parties. Il agit avec le consentement de la victime. Par ailleurs, la

jurisprudence a su dégager des tendances permettant de dessiner des théories générales limitant grandement l'insécurité juridique des justiciables.

2101. Ainsi, l'intervention du juge permet que le contrat demeure la chose des volontés des parties et qu'il ne devienne pas un outil d'oppression contractuelle d'une partie sur l'autre. La judiciarisation des conventions peut être une solution pour contrebalancer l'unilatéralisme de plus en plus fréquent en Droit et qui consacre au sein de la relation contractuelle les déséquilibres structurels entre contractants.

L'intervention du juge dans les contrats permet de créer ou de rétablir dans le rapport contractuel un équilibre subtil entre justice contractuelle, liberté contractuelle et sécurité juridique. Le juge devient le gardien du juste dans le contrat tout en respectant la volonté des parties.

2102. Par ailleurs, il est nécessaire de perfectionner l'action en justice en réorganisant l'administration de la preuve qui est particulièrement lourde et qui est inégalement répartie car elle pèse uniquement sur la victime.

La charge de la preuve est profondément injuste et inéquitable. Un allègement de la charge de la preuve s'impose en faveur du demandeur. La charge de la preuve dans le traitement de la contrainte économique est alourdie par la présence de conditions illégitimes et inopportunes au traitement des abus de déséquilibre structurel. De plus, elle est supportée par le contractant qui subit la contrainte économique c'est-à-dire la victime, partie la plus faible dans la relation contractuelle et dont les moyens sont limités.

2103. Aussi, il faut corriger la charge de la preuve en organisant une meilleure réparation de l'administration de la preuve entre les contractants afin qu'elle ne pèse pas uniquement sur la victime qui n'a pas les moyens financiers, techniques et juridiques de son contractant, partie dominante économiquement au contrat.

2104. Une répartition de la charge de la preuve qui pèserait sur les deux contractants, victime et auteur semble être une solution plus adéquate et plus équitable.

Aussi, la victime serait amenée à démontrer l'existence d'un déséquilibre structurel et d'un résultat au bénéfice de l'auteur de la contrainte économique. Alors que l'auteur devrait apporter la preuve de l'absence d'une exploitation abusive et donc démontrer que le résultat est le fruit d'une négociation normale et saine qui ne découle pas d'une exploitation abusive de la configuration structurelle caractérisant leur relation.

2105. Un aménagement en profondeur du droit substantiel s'impose également afin de rendre la réception des abus de déséquilibre structurel plus cohérente et plus efficace.

Pour ce faire, il faut agir aussi bien en amont de toute situation de contrainte économique qu'en aval une fois que l'abus de déséquilibre structurel est réalisé.

En amont de toute situation de contrainte économique, il faut renforcer le contrôle *ex-ante* de la contrainte économique en mettant en place des remèdes préventifs structurels dont le but est de limiter les situations pouvant aboutir à une situation de contrainte économique. Il s'agit de limiter et mieux contrôler les causes des abus de déséquilibre structurel c'est-à-dire le déséquilibre de forces économiques et de négociation des parties au contrat. Aussi, il faut continuer à surveiller la concentration de la grande distribution tout en protégeant les PME et les TPE.

2106. Pour améliorer en profondeur la réception directe des abus de déséquilibre structurel, ces remèdes structurels doivent être accompagnés, en aval, de remèdes comportementaux. Il s'agit de mesures curatives qui corrigent les situations de contrainte économique qui ont déjà eu lieu. La question qui se pose est alors de savoir comment traiter une situation de contrainte économique.

2107. Eu égard aux enseignements acquis de l'étude relative au traitement de la contrainte économique par le droit positif et par le droit progressif, toute réception des abus de déséquilibre structurel au titre des droits spéciaux est à rejeter. L'échec des régimes

traitant de la contrainte économique est dû au particularisme des droits spéciaux qui a un impact désastreux sur la cohérence et l'efficacité du traitement des abus de déséquilibre structurel.

2108. Dès lors, il est indispensable de plaider pour une généralisation de la réception de la contrainte économique au titre du droit civil. En raison de sa nature de droit commun des contrats et en raison de la neutralité de son approche quant à la qualité des sujets, le droit civil s'impose comme étant le droit naturel et légitime pouvant connaître de la contrainte économique. La généralité de ses termes permet de protéger indistinctement le consentement des plus vulnérables qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales, professionnels ou consommateurs, distributeurs ou fournisseurs, employeurs ou employés...

Par ailleurs, il faut plaider pour une réception directe de la contrainte économique au titre d'un régime propre. La réception indirecte au titre d'autres régimes est une cause de l'échec du traitement actuel de la contrainte économique. Il n'y a plus de raison de traiter de la contrainte économique de manière indirecte dès lors qu'un régime commun à la notion de contrainte économique a été déterminé et que la notion de contrainte économique a été définie.

2109. Ainsi, la réception de la contrainte économique au titre du droit civil doit se faire au titre d'un régime propre à la contrainte économique : un régime faisant preuve d'une grande flexibilité et malléabilité afin d'appréhender toutes les situations de contrainte économique ; un régime universel pouvant s'appliquer à toutes situations contractuelles, à tous les stades du lien contractuel, et ce, peu importe la qualité des parties ; un régime en phase avec la finalité et la logique de la contrainte économique qui est la protection de l'intégrité du consentement vicié ; un régime libéré de la contrainte de l'héritage du vice traditionnel de violence et du particularisme des droits spéciaux.

2110. En définitive, il est impératif de plaider pour une réception des abus de déséquilibre structurel au titre d'un régime de responsabilité propre à la contrainte économique

quelque peu aménagé pour répondre parfaitement aux caractéristiques et aux particularités de la contrainte économique.

Pour repenser une réception cohérente et efficace, ce régime devra décliner des conditions et des sanctions qui différeront quelque peu de celles d'un régime traditionnel de responsabilité mais dont la logique et les effets seront les mêmes. Ce régime de responsabilité s'inscrit dans la même logique que celle de la lutte contre la contrainte économique. La finalité de la théorie de la contrainte économique est la protection de l'intégrité du consentement et sa fonction principale est donc d'une part de protéger et d'indemniser la victime et d'autre part de sanctionner le comportement de l'auteur.

2111. Les conditions (déséquilibre structurel, exploitation abusive du déséquilibre structurel, lien de causalité et résultat) sont relativement différentes mais fidèles et respectueuses de l'esprit et de la logique du principe général de responsabilité civile délictuelle. Les effets sont les mêmes à ceci près que les sanctions présentent plus d'efficacité dans la protection et l'indemnisation de la victime et qu'elles sont considérablement plus dissuasives pour l'auteur.

2112. Pour pallier la faible opportunité des sanctions civiles qui s'imposent comme les sanctions légitimes et naturelles de la contrainte économique et afin de respecter les impératifs d'efficacité, de légitimité, et de malléabilité, le recours aux dommages et intérêts punitifs et à la renégociation du contrat est essentiel.

2113. La renégociation apporte la souplesse nécessaire qui fait défaut à la structure punitive actuelle de la contrainte économique. De plus, la contrainte économique étant une faute lucrative, il est essentiel de reconnaître les dommages et intérêts punitifs qui permettraient d'établir une structure punitive, indemnitaire mais également dissuasive plus efficace que les dommages et intérêts indemnitaires. La renégociation est un outil de pérennité contractuelle qui permettrait aux parties de sauver leur relation contractuelle s'il elles le souhaitent après assainit la réception contractuelle de toute contrainte économique et rediscuté les termes du contrat.

CONCLUSION GÉNÉRALE

2114. La contrainte économique a toujours été au cœur des préoccupations des juristes. CICERON se pencha déjà sur la question. Il posa le célèbre cas d'école du marchand de Rhodes.

Vingt-trois siècles après, la contrainte économique est encore une inquiétude pour les juristes qui ne parviennent pas à définir avec précision la contrainte économique et à prendre en compte correctement et efficacement les abus de déséquilibre structurel.

La notion de contrainte économique demeure pour les juristes une énigme entourée de nombreuses interrogations.

2115. Effectivement, c'est une notion fragmentée à travers différentes branches du Droit (droit de la concurrence, droit de la consommation, droit pénal des affaires, droit civil) et au titre de plusieurs régimes juridiques (la violence économique, l'abus de dépendance économique, l'abus de position dominante, l'abus de faiblesse et l'abus de vulnérabilité).

2116. Ainsi, la contrainte économique s'illustre dans des branches du Droit complètement différentes, au sein de domaines différents au titre de régimes distincts. C'est une notion très contextuelle qui recouvre une multitude de situations. Elle menace les rapports entre professionnels et les rapports entre particuliers sans ainsi que les rapports entre professionnels et consommateurs peu importe la qualité des sujets. Sont concernées un nombre très divers de situations : les personnes morales et les personnes physiques, les relations contractuelles et concurrentielles, faiblesse ou domination de nature économique et non-économique, intrinsèque ou extrinsèque.

2117. Toutefois, l'évolution morcelée et incohérente de la contrainte économique dans la sphère juridique ainsi que l'hétérogénéité du traitement actuel de la contrainte économique rend particulièrement difficile la détermination de toute théorie relative à la

notion de contrainte économique. Une difficulté qui est accrue par l'absence d'un régime commun et d'une définition propre à la notion de contrainte économique.

2118. En effet, l'une des raisons principales de l'échec du traitement de la contrainte économique est l'absence d'un référentiel. L'absence d'un régime commun et d'une définition propre impactent grandement la cohérence du traitement de la contrainte économique. La notion de contrainte économique a toujours été envisagée de manière indirecte au titre d'autres notions et d'autres régimes. Encore aujourd'hui, il n'y a toujours pas de régime propre à la notion de contrainte économique.

2119. Certains juristes ont plaidé pour une réception de la notion de contrainte économique par le biais des mécanismes traditionnels du droit civil. Or, ces mécanismes se sont révélés être soit inappropriés aux caractéristiques de la contrainte économique soit inadaptés à l'objet de la contrainte économique.

2120. La présente étude permet de réaffirmer que la véritable finalité des régimes traitant de la contrainte économique est la protection de l'intégrité du consentement de la victime.

En effet, la lutte contre la contrainte économique a pour finalité d'assurer la liberté économique et juridique des justifiées en protégeant l'intégrité du consentement de la victime qui a été altérée dans sa dimension volitive et/ou dans une dimension réflexive. Effectivement, la nature de cette atteinte dépend de la nature de la faiblesse et de la qualité de la victime. L'exploitation abusive d'une faiblesse économique porte atteinte à la dimension volitive du consentement. L'exploitation abusive d'une faiblesse intrinsèque vice la dimension intellectuelle du consentement. L'exploitation abusive d'une faiblesse extrinsèque vice l'aspect volitif et/ou intellectuel du consentement.

La fonction de la théorie de la lutte contre la contrainte économique est la protection de l'intégrité du consentement de la victime, l'indemnisation de son préjudice et la sanction du comportement de l'auteur.

2121. Malgré l'importance primordiale des fonctions de la lutte contre la contrainte économique, certains juristes remettent en cause la légitimité du Droit à connaître de la contrainte économique. Or, la présente étude a permis d'établir l'impérativité et la légitimité du Droit à traiter les abus de déséquilibre structurel.

2122. La lutte contre la contrainte économique est le fruit d'une nécessaire articulation entre le libéralisme juridique et le solidarisme contractuel qui permet d'assurer le respect des impératifs juridiques que sont la liberté contractuelle, la justice contractuelle et la sécurité juridique.

2123. La notion de contrainte économique est particulièrement difficile à cerner.

Il ressort de la présente étude que la caractérisation d'une situation de contrainte économique requière la démonstration d'un élément psychologique qui est le déséquilibre structurel c'est-à-dire la configuration structurelle des parties au contrat ; un élément intentionnel c'est-à-dire l'intention délictuelle et de plusieurs éléments matériels que sont l'abus, le résultat et le lien de causalité.

2124. Toutefois, il n'y a pas de définition légale ou prétorienne de la contrainte économique. De plus, les rares tentatives de définition de la contrainte économique se sont avérées infructueuses.

2125. Les enseignements tirés de la présente étude permettent d'offrir une définition propre à la notion de contrainte économique. Aussi, il y a contrainte économique, quand une personne, le dominant, auteur de la contrainte économique, abuse de son avantage structurel afin de dicter le comportement économique d'une autre personne, le dominé, victime de la contrainte économique, de donner de faire ou de pas faire quelque chose qui est contraire à son intérêt économique ; que cette dernière accepte de donner, de faire, ou de ne pas faire car, soit elle n'a pas le choix, à moins de s'exposer à un mal plus grave, affectant ainsi, la dimension volitive de son consentement, soit car elle ne comprend pas

vraiment que le comportement forcé par l'auteur lui est préjudiciable, ne détenant pas le jugement nécessaire pour comprendre la portée de ses engagements, affectant ainsi la dimension réflexive de son consentement.

2126. En somme, **la contrainte économique se définit comme étant l'exploitation abusive d'un déséquilibre structurel.**

2127. Plusieurs maux à l'origine de l'échec du traitement de la contrainte économique sont identifiés.

L'inefficacité et l'incohérence de la réception des abus de déséquilibre structurel par le Droit est due au choix de conditions particulières qui sont inadaptées aux particularités de la contrainte économique et au choix de sanctions particulières qui sont inefficaces et incohérentes pour le traitement des situations de contrainte économique.

2128. Effectivement, en plus de conditions communes impératives, légitimes et opportunes, nécessaires à la qualification des situations de la contrainte économique, les régimes traitant de la contrainte économique requièrent la démonstration de conditions propres à chaque régime, vecteur du particularisme des droits spéciaux au titre desquels ces régimes sont envisagés. Ces conditions sont illégitimes et inopportunes à connaître les situations de contrainte économique en ce sens qu'elles sont inutiles pour la caractérisation d'une situation de contrainte économique et elles s'inscrivent dans une logique et une finalité différente de celle de la lutte contre la contrainte économique. Elles représentent un frein à la lutte contre les abus de déséquilibre structurel.

2129. Il en est de même pour les sanctions particulières. Les régimes traitant de la contrainte économique font le choix de sanctionner la contrainte économique par le biais de sanctions civiles communes, légitimes et opportunes et par le biais de sanctions particulières c'est-à-dire de sanctions propres à chaque régime qui portent en elles le particularisme du droit spécial au titre duquel le régime est consacré.

Ces sanctions sont illégitimes car elles sont au service d'une autre finalité et d'une autre logique que celle de la lutte contre les abus de déséquilibre structurel. Elles sont également inopportunes pour sanctionner les situations de contrainte économique car elles sont soit trop clémentes soit trop sévères. Le caractère dissuasif ou indemnitaire de ces sanctions fait grandement défaut ce qui est intolérable en matière d'abus de déséquilibre structurel car la contrainte économique est une faute lucrative.

2130. Ainsi, le droit positif a fait le choix regrettable de conditions et de sanctions particulières portant en leur sein tout le particularisme des droits spéciaux qui sont illégitimes et inopportunes à connaître des abus de déséquilibre structurel.

L'illégitimité et l'inopportunité de ces conditions et sanctions particulières s'expliquent par la différence de logique et de finalité entre la lutte contre la contrainte économique et celles des droits spéciaux traitant de la contrainte économique. Les conditions et sanctions propres à chaque droit spécial entravent le traitement des abus de déséquilibre structurel. C'est la preuve de l'effet néfaste du particularisme des droits spéciaux sur la réception de la contrainte économique.

2131. Le droit progressif consacre les mêmes erreurs que le droit positif. Aussi, la réception des abus de déséquilibre structurel au sein du droit progressif est autant critiquable et perfectible que celle du droit positif.

2132. En somme, la réception de la contrainte économique par le Droit est un échec aussi bien sur le terrain de la théorie, en raison de l'absence du régime commun et d'une définition propre à la notion de contrainte économique que sur le terrain de la pratique, en raison du choix d'un traitement indirect de la contrainte économique et du choix de conditions inadaptées et de sanctions incohérentes et inefficaces.

2133. Des aménagements sont donc indispensables pour une réception cohérente, adaptée et efficace de la contrainte économique. Le traitement des abus de déséquilibre structurel doit être réformé en amont et en aval.

En amont, l'aménagement de la réception des abus de déséquilibre structurel passe nécessairement par la mise en place de remèdes préventifs structurels en vue de mieux contrôler les causes des abus de déséquilibre structurel. Il faut limiter les situations pouvant aboutir à une situation de contrainte économique en poursuivant le contrôle de la concentration de la grande distribution et en contrôlant l'impact cumulatif des accords d'achat de groupement tout en protégeant les PME/TPE.

2134. Afin d'améliorer en profondeur le traitement de la contrainte économique, les remèdes structurels doivent être complétés en aval par des remèdes comportementaux.

Aussi, il faut administrer des remèdes comportementaux à la réception des abus de déséquilibre structurel dont le but est de sanctionner les situations de contrainte économique qui ont déjà eu lieu.

2135. Les enseignements tirés de la présente étude s'opposent à toute réception de la contrainte économique au titre des droits spéciaux. Effectivement, l'une des principales raisons de l'échec de la réception de la contrainte économique est le particularisme des droits spéciaux qui impacte grandement la cohérence et l'efficacité du traitement de la contrainte économique.

2136. Aussi, il faut plaider pour une généralisation de la réception de la contrainte économique. Cette généralisation doit se faire au titre du droit civil qui présente des avantages manifestes. Effectivement, la nature de droit commun des contrats et la neutralité qui caractérise le droit civil ainsi que la généralité des termes utilisés permettra une réception cohérente et efficace de la contrainte économique. Ainsi, le droit civil est le droit naturel et légitime pouvant connaître des abus de déséquilibre structurel.

2137. Alors que la présente étude a permis d'offrir un ancrage identitaire à la notion de contrainte économique en lui offrant un régime commun et une définition propre, la réception au titre d'un régime propre doit être privilégiée. D'autant plus que le traitement indirect des abus de déséquilibre structurel au titre de différentes notions et régimes expliquent également en partie l'échec de la lutte contre la contrainte économique par le Droit.

2138. Aussi, la réception de la contrainte économique au titre d'un régime de responsabilité civile délictuelle doit être encouragée. Ainsi, la réception de la contrainte économique sera libérée de la contrainte de l'héritage du vice traditionnel de violence et du particularisme néfaste des droits spéciaux tout en faisant preuve de suffisamment de flexibilité et de malléabilité pour répondre à la disparité des situations concernées par la contrainte économique. Effectivement, ce régime de responsabilité permettra de remplir les fonctions de la lutte contre la contrainte économique. Autrement dit, il permettra de protéger et d'indemniser la victime tout en sanctionner le comportement de l'auteur et éviter ainsi toute récidive.

2139. Toutefois, pour ce faire, ce régime de responsabilité devra être aménagé et adapté pour répondre de manière cohérente et efficace aux caractéristiques de la contrainte économique. Aussi, il devra décliner des conditions et des sanctions qui diffère quelques peu de celles d'un régime traditionnel de responsabilité mais dont la logique et les effets seront les mêmes.

Effectivement, la démonstration d'un déséquilibre structurel, d'une exploitation abusive de ce déséquilibre structurel, d'un résultat, et d'un lien de causalité devront être apportées.

Par ailleurs, pour un traitement des abus de déséquilibre structurel plus efficace, il est impératif de renforcer l'opportunité des sanctions civiles, sanctions légitimes et naturelles de la contrainte économique. Or, afin de respecter les impératifs d'efficacité et de malléabilité, le recours aux dommages et intérêts punitifs et à la renégociation est indispensables. La renégociation apporte la souplesse nécessaire à la lutte contre les abus de déséquilibre structurel.

Par ailleurs, la contrainte économique étant une faute lucrative, le recours aux dommages et intérêts punitifs qui présentent un fort caractère dissuasif et indemnitaire est essentiel.

2140. L'aménagement du traitement de la contrainte économique concerne également le droit processuel. En effet, les régimes traitant de la contrainte économique sont très peu sollicités en pratique par les justiciables car les procédures sont longues, complexes et onéreuses, l'administration de la preuve est particulièrement lourde et injuste et la menace de mesures de représailles est réelle.

2141. Aussi, l'accès en justice des victimes de contrainte économique doit être renforcé et amélioré pour être plus adapté aux particularités de la contrainte économique.

Il faut pour cela établir un droit d'alerte en cas de contrainte économique et améliorer considérablement la protection des lanceurs d'alerte.

Il faut également créer une action de groupe en cas de contrainte économique qui faciliterait la preuve, allégerait le coût de la procédure et relativiserait la complexité de la procédure.

La réforme de l'accès en justice doit se poursuivre par le recours à l'interventionnisme administratif du ministre de l'Economie et celui de certaines autorités administratives qui permettent de stimuler l'action en justice des justiciables et de renforcer le droit d'action des victimes.

2142. Le recours à l'interventionnisme administratif permettrait un gain d'efficacité dans la réception des abus de déséquilibre structurel. Il permettrait d'améliorer l'accès en justice des victimes grâce à des moyens financiers importants, des pourvois d'enquêtes non négligeables, la possibilité de prononcer une amende administrative, la garantie d'une procédure contradictoire, la possibilité d'un contrôle postérieur par le juge administratif...

Ainsi, leur accès en justice serait grandement amélioré voire même facilité. Toutes ces mesures permettraient d'encourager les victimes à ester en justice et même de les accompagner.

2143. Réformer le droit processuel de la contrainte économique nécessite également de perfectionner l'action en justice et de l'adapter aux particularités de la contrainte économique pour la rendre plus juste et plus équitable lorsque les justiciables décident de mener une action en justice.

Pour ce faire, la charge de la preuve doit être corrigée et réorganisée afin de la rendre plus équitable et plus adéquate à la lutte contre la contrainte économique. Elle doit être allégée car elle est alourdie par des conditions illégitimes et inopportunes au traitement de la contrainte économique et car elle est supportée intégralement par la victime, partie la plus faible de la relation contractuelle, doit être mieux répartie entre l'auteur de la contrainte économique et la victime. Ainsi, la victime devra démontrer l'existence d'un déséquilibre structurel et d'un résultat alors que l'auteur devra apporter la preuve de l'absence d'une exploitation abusive, autrement dit, que le résultat dont il bénéficie n'est pas le fruit d'une exploitation abusive du déséquilibre structurel qui caractérise leur relation mais d'une négociation contractuelle saine.

2144. Il faut également moderniser l'action en justice en célébrant l'intervention judiciaire en cas de contrainte économique.

Bien que le droit français soit particulièrement méfiant à l'égard de la juridiciarisation des contrats, il faut encourager l'intervention judiciaire en matière contractuelle.

En effet, l'intervention des juges en matière contractuelle est un outil supplémentaire permettant de mieux mener les politiques juridiques par la flexibilité et la malléabilité qu'elle offre dans la lutte contre les abus de déséquilibre structurel. Par ailleurs, les parties restent les architectes de l'acte juridique et le contrat reste la chose des parties. Le juge veille uniquement à ce que le contrat ne soit pas vecteur d'une oppression contractuelle de la partie forte sur la partie faible. En somme, l'intervention judiciaire permet de rétablir le juste dans la relation contractuelle.

Le juge s'assure que le contrat consacre l'équation entre respecter la justice contractuelle, liberté contractuelle et sécurité juridique tout en demeurant l'expression de la volonté, libre et non viciée, des deux parties.

2145. Enfin, la judiciarisation des conventions présente plusieurs garanties contre l'arbitraire des juges et l'insécurité juridique. Effectivement par le passé, les juges ont fait preuve, à de maintes reprises, dans le cadre de la lutte contre la contrainte économique, de sagesse, d'expérience et d'une retenue particulière quant à leur pouvoir d'interprétation. Par ailleurs et s'agissant de l'aléa juridique, l'analyse des décisions de justice permet de dessiner des théories générales offrant suffisamment de sécurité aux justiciables.

2146. En définitive, à l'aune d'un unilatéralisme toujours plus important en Droit, il est impératif de repenser le rôle du juge en matière contractuelle. La judiciarisation des conventions est une nécessité pour contrebalancer l'unilatéralisme qui consacre les déséquilibres structurels entre contractants et qui est l'expression de la volonté d'une partie sur l'autre, celle du contractant le plus fort sur le plus faible. Le juge sera alors une force d'opposition pour contrebalancer l'unilatéralisme et replacer la volonté des deux parties au coeur du contrat comme pilier de l'acte juridique. Alors, le contrat ne sera plus vecteur de la domination et de l'oppression du plus fort contractant sur le plus faible. Alors, seulement la volonté des deux contractants sera l'architecte de l'acte juridique.

BIBLIOGRAPHIE

I. DICTIONNAIRES, LEXIQUES ET ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES

(Dir.) CABRILLAC Rémy, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2nde éd., coll. Objectif Droit, Litec, Paris, 2004.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., coll. Quadrige dicos poche, P.U.F., Paris, 2011.

ROLAND Henri, *Lexique juridique, expressions latines*, coll. Carré droit, 2^{ème} éd., Litec, Paris, 2002.

II. TRAITES, MANUELS, OUVRAGES

AMBROISE-CASTEROT Coralie, *Droit pénal spécial et des affaires*, 2^{ème} éd., coll. Master, Gualino-Lextenso éditions, Paris, 2010.

AYNES Laurent, MALAURIE Philippe, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, coll. Droit civil, Defrénois, 3^{ème} éd., Paris, 2007.

AZEMA Jacques, *Le Droit français de la concurrence*, coll. Thémis, P.U.F., Paris, 1981.

BAUDOIN Jean-Louis et JOBIN Pierre-Gabriel, *Les obligations*, 5^{ème} éd., Yvon Blais, Cowansville, 1998, n° 266.

BAULD Dominique, *Droit et politique de la concurrence*, Economica, Paris, 1997.

BAULD Dominique, *Politique et pratique de la concurrence en France*, coll., Droit des affaires, L.G.D.J., Paris, 2004.

BEAUCHARD Jean, *Droit de la distribution et de la consommation*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 1996.

BENABENT Alain, *Droit civil, Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2012.

BILLON-LANFREY Jean-Pierre, *Droit de la concurrence et de la consommation*, coll. Les règles de base pour faire du commerce, Le génie des glaces, Chambéry, 1999.

BLAISE Jean-Bertrand, *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, 5^{ème} éd., coll. Manuel, L.G.D.J., Paris, 2009.

BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, CANIVET Guy, *Droit français de la concurrence*, coll. Droit des affaires, L.G.D.J., Paris, 1994.

BRUSORIO-AILLAUD Marjorie, *Droit des obligations*, éd. 2010-2011, coll. Manuel, Paradigme, Paris, 2010.

BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virgine, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 17^{ème} éd., coll. Université, série Droit Privé, Sirey, Paris, 2011.

BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virgine, *Droit civil, Les obligations*, 13^{ème} éd., coll. Université, série Droit privé, Sirey, Paris, 2012.

BURST Jean-Jacques, KOVAR Robert, *Droit de la concurrence*, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, Paris, 1981.

CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, 10^{ème} éd., coll. Cours Dalloz, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2012.

CADIET Loïc, JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 4^{ème} éd., Litec, Paris, 2004.

CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010.

CAMERLYNCK Guillaume-Henri, LYON-CAEN Gérard, *Droit du travail*, 11^{ème} éd., coll. Précis Droit Privé, Dalloz, 1982, n°83, p.134.

CARBONNIER Jean, *Droit civil : Les biens, les obligations*, 22^{ème} éd., coll. Quadrige Manuel, P.U.F., Paris, 2004, vol. II.

CAS Gérard, FERRIER Didier, *Traité de Droit de la consommation*, coll. Grands traités, P.U.F., Paris, 1986.

CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUDE Claire, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} éd., coll. Objectifs droit cours, LexisNexis, Paris, 2011.

CICERON Marcus Tullius (CICERO), *De officiis* (« *Traité des devoirs* »), traduit par M. Du Bois, Chez Nicolas-Pierre Armand, Paris, 1725.

CICERON, Marcus Tullius (CICERO), *De officiis* (« *Traité des devoirs* »), Livre III, XII, n° 50 et s. in *Les Devoirs*, Livres II et III, texte établi et traduit par Maurice Testard, 2^{ème} tirage revu et corrigé, coll. Guillaume Budé, Les Belles Lettres, 1984.

COLLECTIF FRANCIS LEFEBVRE, *Concurrence, Consommation 2007-2008*, coll. Mémento Pratique Francis Lefebvre, série Droit des affaires, Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2007.

COMBE Emmanuel, *La politique de la concurrence*, coll. Repères, série Economie, La découverte, Paris, 2008.

DECOCQ André, DECOCQ Georges, *Droit de la concurrence - Droit interne et Droit de l'union européenne*, 4^{ème} éd., coll. Manuels, L.G.D.J., Paris, 2010.

DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, DU PONTAVICE Emmanuel, DUPICHOT Jacques, *Traité de Droit commercial*, 4^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1988, t. 1 : Théorie générale du Droit des affaires.

DE LEYSSAC Claude, PARLEANI Gilbert, *Droit du marché*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 2002.

DEPINCE Malo, MAINGUY Daniel, *Droit de la concurrence*, coll. Manuel, Litec, Paris, 2015.

DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} éd., coll. Corpus, série Histoire du Droit, Economica, Paris, 2012.

DE ROUX Xavier, VOILLEMOT Dominique, *Le Droit de la concurrence de la C.E.E.*, 4^{ème} éd., coll. Juridictionnaires Joly, Gide, Loyrette, Nouel, Paris, 1982.

DUBOIS Jean-Pierre, *La position dominante et son abus dans l'article 86 du traité de la C.E.E.*, Librairies techniques, Paris, 1968.

DURKHEIM Emile, *Leçons de sociologie*, 3^e éd., coll., Quadrige, P.U.F., Paris, 1997, p. 232.

FABRE-MAGNAN Muriel, *Les obligations*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 2004.

FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations*, coll. Thémis, série Droit Privé, P.U.F., Paris, 2008, t.1 : Contrat et engagement unilatéral.

FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, 3^{ème} éd., coll. Manuel, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2011.

(Dir.) FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

FERRIER Didier, *La protection des consommateurs*, coll. Connaissance du Droit, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 1996.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, *Droit civil, Les obligations*, 15^{ème} éd., coll. Université, série Droit Privé, Sirey, Paris, 2012, t.1 : L'acte juridique.

FOUILLEE Alfred, *L'idée moderne de droit*, 1874.

FOUILLEE Alfred, *La science sociale contemporaine*, 1^{ère} éd., Hachette, Paris, 1880.

FOUILLEE Alfred, *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} éd., Hachette, Paris, 1883.

FOURGOUX Jean-Claude, MIHAILOV Jeanne, JEANNIN Marie-Véronique, *Principes et pratiques du Droit de la consommation*, coll. Ce qu'il vous faut savoir, J. Delmas, Paris, 1979.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006.

GAZZANIGA Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, P.U.F., 1992.

GENESTE Bernard, *Droit français et Droit européen de la Concurrence*, coll. Eyrolles Pratique du droit, Eyrolles, Paris, 1991.

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., coll. Mémentos Dalloz, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2006.

GOULON Etienne, *La concurrence en Droit communautaire et en Droit Français : étude comparée*, E. Goulon éditeur, Paris, 1982.

GRYNBAUM Luc, *Droit civil, les obligations*, 2^{ème} éd., coll. H.U. Droit, Hachette Supérieur, Paris, 2007.

JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., coll. Précis, série Droit privé, Dalloz, Paris, 2005.

JEULAND Emmanuel, *Droit des obligations*, 3^{ème} éd., coll. Focus droit, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2009.

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des lois et de leur réactivité : Théorie dite de l'abus des droits*, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006.

JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, Debure père, Paris, 1771, t. III.

JULIEN Jérôme, *Droit de la consommation et du surendettement*, coll. Cours LMD, Montchrestien Lextenso, Paris, 2009.

KANT Emmanuel, *Critiques de la raison pratique*, coll. Garnier Flammarion, Flammarion, Paris, 2003.

LACHIEZE Christophe, *Droit des contrats*, 3^{ème} éd., coll. Mise au point, Ellipses, Paris, 2012.

LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, SALOMON Renaud, *Droit pénal des affaires*, 2^{ème} éd., coll. Manuels, LexisNexis, Paris, 2010.

LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, SALOMON Renaud, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd., coll. Manuels, LexisNexis, Paris, 2013.

LEVENEUR Laurent, *Droit des contrats : 10 ans de jurisprudence commentée 1990-2000 : la pratique en 400 décisions*, coll. Affaires, Finances, Litec, Paris, 2002.

LEVY Jean-Philippe, CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2010.

LOCRE Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle*, Paris, 1832, t. 14.

LUCAS DE LEYSSAC Claude, PARLEANI Gilbert, *Droit du marché*, coll. Thémis, Droit privé, P.U.F., Paris, 2002.

MAINGUY Daniel, RESPAUD Jean-Louis, *Droit des obligations*, coll. Cours Magistral, Ellipses, Paris, 2008.

MAINGUY Daniel, *L'action de groupe en droit français, Après la loi HAMON du 17 mars 2014*, coll. Guide Pratique, Lextenso, Paris, 2014.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STUFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 5^{ème} éd., coll. Droit civil, Defrénois-Lextenso éditions, Paris, 2011.

MALAURIE-VIGNAL Marie, *L'abus de position dominante*, coll. Systèmes Droit, L.G.D.J., Paris, 2002.

MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^{ème} éd., coll. Sirey Université, Dalloz, Paris, 2011.

MALINVAUD Philippe, FENOUILLET Dominique, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, LexisNexis, Paris, 2012.

MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Obligations : théorie générale*, 9^{ème} éd., coll. Leçons de Droit civil, Montchrestien, Paris, 1998, t. 2, vol. 1.

MEFFRE Jean-Marie, *Guide pratique de la concurrence*, Chotard, Paris, 1987, t. 1.

MELIN François, *Droit des obligations*, coll. Systèmes, L.G.D.J., Paris, 2006.

MONTANIER Jean-Claude, *Le contrat*, 4^{ème} éd., coll. Le Droit en plus, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2005.

NOBLOT Cyril, *Droit de la consommation*, coll. Focus droit, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2012.

PERREAU Henri, *Le contrat de travail et le Code civil*, Alcan, Paris, 1908, p. 85.

PICOD Yves, DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., coll. Université, Sirey, Paris, 2010.

RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, coll. Litec professionnels, série Droit commercial, LexisNexis, Paris, 2008.

RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., coll. Litec professionnels, série Droit commercial, LexisNexis, Paris, 2011.

RENAULT-BRAHINSKY Corinne, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., coll. Manuel, Gualino éditeur, Paris, 2007.

RENAULT-BRAHINSKY Corinne, *Droit des obligations*, 10^{ème} éd., coll. Mémentos LMD, Gualino-Lextenso éditions, Paris, 2013.

RENOUIL Véronique, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, P.U.F., Paris, 1980.

REVET Thierry, *La force de Travail*, L.G.D.J., Paris, 1992.

ROBERT Jacques-Henri, MATSOPOULOU Haritini, *Traité de Droit pénal des affaires*, coll. Droit Fondamental, P.U.F., Paris, 2004.

SERIAUX Alain, *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, P.U.F., Paris, 2006.

SERNHEIM-DESVAUX Sabine, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., coll. Panorama Du Droit, série Licence-Master, Studyrama, Paris, 2011.

SOUTY François, *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, coll. Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 1995.

STARCK Boris, ROLAND Henri, BOYER Laurent, *Droit civil, les obligations*, 6^{ème} éd., coll. Litec Droit, Litec, Paris, 1998, t. 2 : Contrat.

TERRASSON Antoine, *Histoire de la jurisprudence romaine*, Chez J.-M. Corne, Toulouse, 1824.

TERRE François, LEQUETTE Yves, SIMLER Philippe, *Droit civil, les obligations*, 7^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 1999.

TERRE François, LEQUETTE Yves, SIMLER Philippe, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2009.

TOULET Valérie, *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., coll. Manuel, Paradigme, Orléans, 2007.

VASSEUR Michel, *Droit des affaires*, Les Cours de droit, Paris, 1982, t. II, Fasc. III : Droit de la concurrence, Droit de la distribution, Droit de la consommation.

VERON Michel, *Droit pénal des affaires*, 9^{ème} éd., coll. Cours Dalloz, série Droit Privé, Dalloz, Paris, 2011.

VIRASSAMY Georges, « Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », coll. Bibliothèque de Droit privé, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1986.

VOGEL Louis, *Traité de Droit commercial*, 18^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2001, t. 1, v. 1 : Commerçants, tribunaux de commerce, fonds de commerce, propriété industrielle, concurrence.

VOGEL Louis, *Droit des ententes et abus de domination*, coll. JuriBases, LawLex, Paris, 2009.

VOIRIN Pierre, GOUBEAUX Gilles, *Droit civil*, 33^{ème} éd., coll. Manuel, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2011, t. 1 : Introduction au droit - Personnes - Famille - Personnes protégées - Biens - Obligations - Sûretés.

Le consommateur et ses contrats, coll. Juris Compact, Juris-Classeur, Paris, 1999.

III. OUVRAGES COLLECTIFS

BOURGOIGNIE Thierry, « Droit et politique communautaires de la consommation - Une évaluation des acquis », in *Etudes de Droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004.

CALAIS-AULOY Jean, « La protection légale et réglementaire du consommateur - Lacunes et excès », in *Nouvelles données pour un droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 1974.

ENCAOUA David, GUESNERIE Roger, « Rapport - Les politiques de la concurrence », in *Politiques de la concurrence*, La documentation française, Paris, 2006.

FERRIER Didier, « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », in *Etudes du Droit de la consommation*, liber amécorum J. CALAIS-AUBY, Dalloz, Paris, 2004.

MALAURIE Philippe, « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^{ème} siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, coll. Litec Juris-Cla, LexisNexis, Paris, 1999.

MAZEAUD Denis, « Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ? », in *Etudes du Droit de la consommation*, liber amécorum J. CALAIS-AUBY, Dalloz, Paris, 2004.

MERCADAL Barthélémy, « Sur la réforme du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, coll. Etudes, Mélanges, Travaux, Dalloz et Litec, Paris, 2011.

TREILLARD Jacques, « La violence comme vice du consentement en droit comparé », in *Mélanges de Droit, d'Histoire, et d'Economie offerts à M. Laborde-Lacoste*, éd. Bière, 1963, p. 419.

IV. THESES

BRETON André, *La notion de violence en tant que vice du consentement*, thèse Caen, 1925.

CHARDIN Nicole, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Thèse Strasbourg, 1987.

CHONE Anne-Sophie, *Les abus de domination*, Economica, 2010.

COURTES Marc, *Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats*, Thèse Montpellier, 1999.

DE BOUARD Fabrice, *La dépendance économique née d'un contrat*, L.G.D.J., 2007.

GOUNOT Emmanuel, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Paris, 1912.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Paris, 2002.

ROVINSKI Jean, *Le vice contractuel de violence dans le droit moderne des contrats*, thèse Aix-en-Provence, 1987.

SAMET Catherine, *Naissance de l'escroquerie moderne du XVIII^{ème} au début du XIX^{ème} siècle*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, Budapest, Torino, 2005.

SAUPHANOR Nathalie, *L'influence du Droit de la consommation sur le système juridique*, coll. Bibliothèque de Droit privé, L.G.D.J., Paris, 2000.

V. ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET ACTES DE COLLOQUE

▪ LA VIOLENCE ET LA VIOLENCE ECONOMIQUE

BELMONTE Laëtitia, « La contrainte économique dans le giron de la violence ? », *L.P.A.*, 11 avril 2001, n° 72, p. 17.

BEYNEIX Isabelle, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », *L.P.A.*, 25 août 2006, n° 170, p. 3.

BOIZARD Matthias, « La réception de la notion de violence économique », *L.P.A.*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

BRUDER Amélie, « Le retrait du projet de la loi définissant la notion de ventes agressives : la fin d'un nouveau souffle pour la notion de violence économique ? », *RLDC*, 2007.

CHAZAL Jean-Pascal, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.*, 2000, chron. p. 879 et s.

DEMOGUE René, « De la violence comme vice du consentement », *RTD civ.*, 1914, p. 435.

EDELMAN Bernard, « De la liberté et de la violence économique », *D.*, 2001, chron. p. 2315.

GRIDEL Jean-Pierre, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.*, 2002, chron. p. 1860.

GRYNBAUM Luc, « Le juge et les tensions dans les relations contractuelles », *RDC*, 1 décembre 2003, n° 1, p. 290.

LOISEAU Gérard, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et patri.*, septembre 2002, n° 107.

MAZEAUD Denis, « Régime de la violence économique », *D.*, 2002, p. 2844.

MONTELS BENJAMIN, « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.*, 2002, p. 417.

NOURISSAT Cyril, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.*, 2000, chron. p. 369.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 45.

WDOWIAK Stéphanie, « La violence économique : une nouvelle forme d'esclavage ? », *Semaine sociale Lamy*, 2005, p. 1213.

▪ **L'ABUS DE POSITION DOMINANTE ET L'ABUS DE DEPENDANCE ECONOMIQUE**

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *RDC*, 2004, n° 3, p. 870.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « A la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », *RLC*, 2005.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », *RLDA*, 2010.

BRISSY Stéphane, « Le droit et la violence au travail », *RDT*, 2010, p. 499.

CARON Christophe, DECOCQ Guillaume, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, 25 octobre 2007, n° 43, p. 2303.

CHAZAL Jean-Pascal, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salariat », *D.*, 2002, chron. p. 1860.

CHEVRIER Eric, « Le ministre de l'économie ne peut se passer d'un avocat ! », *D.*, 2001, chron. p. 2673.

CLAUDEL Emmanuel, « Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économique », *RTD com.*, 2001, p. 663.

CUCHE Paul, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Rev. crit.*, 1913, p. 412.

CUCHE Paul, « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », *DH*, 1932, p. 101.

DE BECHILLON Denys, JAMIN Christophe, « La convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.*, 2007, chron. p. 2313.

DECOCQ Georges, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, 23 juillet 2009, n° 30, p. 1739.

DELORT Sylvie, « La qualification aléatoire de l'abus de puissance d'achat, de vente ou de relations de dépendance », *JCP E*, 24 mars 2005, n° 12.

DEPINCE Malo, « La sanction civile d'une infraction par un tribunal arbitral », colloque sur « l'arbitrage et droit pénal », Montpellier, 18 mai 2011.

FERRE Dominique, « Regard sur l'efficacité du titre IV du Code de commerce à l'occasion d'un bilan », *Cah. dr. entr.*, mai 2007, n° 3, dossier 13.

FERRIER Didier, FERRE Dominique, « La réforme des pratiques commerciales », *D.*, 2008, p. 2234.

FOURGOUX Jean-Louis, « Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? », *CCC*, décembre 2006, n° 12.

GLAIS Michel, « La sanction des abus de dépendance économique », *CCC*, Décembre 2016, n° 12.

MAINGUY Daniel, « La lettre et l'esprit du nouvel article L.442-6 du code de commerce », *JCP E*, 28 novembre 2002, n° 48, p. 1729.

MALEVILLE-COSTEDOAT Marie-Hélène, « Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, Colloque du 22 juin 2007, R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRUM », *RTD civ.*, 2008, p.741.

MONTET Christian, « Un droit de la concurrence : pour quoi faire ? », *CCC*, 12 décembre 2006, n° 12.

PAYET Marie-Stéphane, « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », *RDC*, 1 octobre 2006, n° 4, p. 1338.

PECNARD Christophe, ROBIC Gaëlle, « L'autorité de la concurrence veut s'inviter dans les négociations commerciales », *AJDA*, juin 2015, p. 269.

PEDAMON Michel, « La protection de la libre concurrence en République fédérale d'Allemagne », *JCP E*, 1984, n° 34 et s, p. 14310.

PEDAMON Michel, « 20 ans de répression des abus de puissance d'achat », *RLC*, 2007.

RAYNARD Jacques, « Le ministre, le juge et le contrat- Réflexions circonspectes à propos de l'article L.442-6 III du Code de commerce », *JCP E*, 5 juillet 2007, n° 27, p. 1864.

REITERER Stéphane, « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », *D.*, 2003, chron. p. 1210.

REVET Thierry, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.*, 1997, p. 37.

RIVOAL Olivier, « La dépendance économique en droit du travail », *D.*, 2006, chron. p. 891.

SUPIOT Alain, « Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe », conclusions du rapport, *Dr. soc.*, 1999, p. 431.

THREARD Jean, BOURGEON Christian, « Dépendance économique et droit de la concurrence : réflexion sur l'art. 8 de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », *Cah. dr. entr.*, mars 1987, n° 12.

VILMART Christine, LEGUIN Emmanuelle, « La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence », *JCP E*, 31 juillet 2008, n° 31.

VOGEL Louis, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *JCP*, 9 février 1994, n° 6, p. 13737.

VOGEL Louis, « Droit de la concurrence et puissance d'achat : plaidoyer pour un changement », *JCP E*, 11 décembre 1997, n° 50, p. 713.

▪ **L'ABUS DE FAIBLESSE ET L'ABUS DE VULNERABILITE**

BAZIN Eric, « De l'abus de faiblesse en droit de la consommation », *RLDA*, 2007.

BAZIN Eric, « L'exigence de loyauté dans les contrats de consommation », *RLDA*, 2008.

BRUDER Amélie, « Le retrait du projet de loi définissant la notion de ventes agressives : la fin d'un nouveau souffle pour la notion de violence économique ? », *RLDC*, 2007.

GUILLERMIN Philippe, « Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », *AJ pénal*, 2008, p. 73.

LEPAGE André, « Un an de droit pénal de la consommation », *Rev. dr. pén.*, mars 2009, chron. p. 5.

MARECHAL Jean-Yves, « Un abus de faiblesse préjudiciable...sans préjudice », *D.*, 2001, chron. p. 813.

OTTENHOF Reynald, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable », *RSC*, 1997, p. 110.

OTTENHOF Reynald, « Abus faiblesse. Article 313-4 du code pénal et articles L.122-8 et 10 du code de la consommation », *RSC*, 2000, p. 614.

RAYMOND Guy, « Les abus de faiblesse », *Gaz. Pal.*, 12 mars 2002, n° 71, p. 33.

RAYMOND Guy, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *CCC*, mars 2008, n° 3, étude 3.

RAYMOND Guy, « Mission impossible ? », *CCC*, mars 2015, n° 3.

TOUCHENT Dahmène, « La protection du consommateur contre les pratiques commerciales déloyales », *L.P.A.*, 2 août 2006, n° 153, p. 11.

▪ LA REVISION POUR IMPREVISION

BEGUIN Jacques, BERANGER Hélène, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet-entretien avec M. FABRE-MAGNAN », *JCP*, 22 octobre 2008, n° 43, I, p. 199.

FAUVRARQUE-COSSON Bénédicte, « Le changement de circonstances », *RDC*, 1 janvier 2004, n° 1, p. 67.

MANTILLA ESPINOSA Fabricio, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport colombien », *RDC*, 1 juillet 2010, n° 3, p. 1047.

MAZEAUD Denis, « La révision du contrat », *L.P.A.*, 30 juillet 2005, n° 129, p. 4.

SAVAUX Eric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *RDC*, 1 juillet 2010, n° 3, p. 1057.

▪ **LES PRINCIPES FONDATEURS DE LA CONTRAINTE ECONOMIQUE**

JAMIN Christophe, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges J. Ghestin*, coll. Les Mélanges, *L.G.D.J.*, 2001, p. 442.

MAZEAUD Denis, « Loyauté, solidarité, fraternité : nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, coll. Etudes, Mélanges, Travaux, *Dalloz et P.U.F.*, 1999, p. 603.

MAZEAUD Denis, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 2003, p. 215.

MESTRE Jacques, « Bonne foi et équité, même combat ! », *RTD civ.*, 1990, p. 649.

OPPETIT Bruno, « Le liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, n° 3, p. 242.

THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, avril-juin, 1997.

▪ **LES AVANT-PROJETS DE REFORME DES CONTRATS ET LES PROJETS ET PRINCIPES EUROPEENS**

AMRANI-MEKKI Soraya, « Droit des contrats - Septembre 2007 - Septembre 2008 », *D.*, 2008, p. 2965.

AMRANI-MEKKI Soraya, « Droit des contrats - Octobre 2008 - Décembre 2009 », *D.*, 2010, p.224.

ANCEL Pascal, BRUN Philippe, FORRAY Vincent, GOUT Olivier, PIGNARRE Geneviève, PIMONT Sébastien, « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP*, 26 novembre 2008, n° 48, I, 213.

ANCEL Pascal, « Article 1142 : violence économique », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 747.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions... », *Dr. et patri.*, 2007, n° 165.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Droit européen des obligations Juillet 2009 - Juillet 2010 », *RTD Eur.*, 2010, p. 695.

AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, « Mars - septembre 2008 : facteurs de fragilité dans la formation des contrats », *Dr. et patri.*, 2009, n° 178.

BALLARINO Tito, « Code européen des contrats », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 202.

BAUMGARTNER Fabrice, « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 668.

BLANC Dominique, « La longue marche vers un droit européen des contrats », *D.*, 2007, p. 1615.

BOFFA Romain, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2015, n° 120, p. 18.

BORGHETTI Jean-Sébastien, « La réforme du droit de la Responsabilité civile en France », *L.P.A.*, 13 mars 2014, n° 52, p.16.

CABRILLAC Rémy, « Code européen des contrats », *RTD civ.*, 2007, p. 653.

CATALA Pierre, « Au-delà du bicentenaire », *RDC*, 1 octobre 2004, n° 4, p. 1145.

CHAGNY Muriel, « Droit des contrats - Observations », *L.P.A.*, 12 février 2009, n° 31, p. 65.

CHAGNY Muriel, « Vent de réforme : du contrat à la concurrence et *vice versa* ? », *AJ CCD*, 2015, p. 145.

CHENEDE François, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA*, 2009, p. 923.

CHENEDE François, « Napoléon Bonaparte : lésion et violence », *RDC*, 1 septembre 2014, n° 3, p. 527.

CHENEDE François, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 655.

CORNU Gérard, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, 2002, chron. 351.

DESHAYES Olivier, « Analyse de l'avant-projet de réforme du droit des contrats : principes directeurs et formation des contrats », *EDCO*, 1 octobre 2008, n° 4, p. 2.

DUPICHOT Philippe, « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats », *Dr. et parti.*, 2015, n° 247.

FABRE-MAGNAN Muriel, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet » », *JCP*, 22 octobre 2008, n° 43, I, 199.

FAGES Bertrand, « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Landö », *D.*, 2003, p. 2386.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 147.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.*, 2007, p. 96.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Terminologie, principes, élaboration de règles modèles : les trois volets du cadre commun de référence », *RTD Eur.*, 2008 p. 695.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Table ronde : Le regard des juristes européens », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 371.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, MAZEAUD Denis, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *L.P.A.*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3.

FENOUILLET Dominique, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 279.

FOMBEUR Pascale, « Entre réforme achevée et réforme annoncée », *RLDC*, 2009, n° 58.

FONTAINE Marcel, « Table ronde : Le regard des juristes européens. Quelques observations à propos du projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 372.

GENICON Thomas, MAZEAUD Denis, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC*, 1 octobre 2012, n° 4, p. 1469.

GHESTIN Jacques, « Droits des contrats - Observations », *L.P.A.*, 12 février 2009, n° 31, p. 5.

GHESTIN Jacques (Dir.), « Droit des contrats », *JCP*, 6 juillet 2015, n° 27, doctr. 808.

GLAUDET Philippe, « Le code civil européen : une utopie ? », *Dr. et patri.*, 2004, n° 125.

GRIDEL Jean-Pierre, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55

GRYNBAUM Luc, « Un code, mais lequel ? », *RDC*, 1 avril 2008, n° 2, p. 579.

HENRY Xavier, « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats...et ses commentaires », *D.*, 2009, p. 28.

LAITHIER Yves-Marie, « Erreur ou abus ? (ou le vice du consentement qui n'ose pas dire son nom) », *RDC*, 1 juillet 2008, n° 3, p. 730.

LE GAC-PECH Sophie, « Principes généraux et droit prospectif », *L.P.A.*, 24 juin 2011, n° 125, p. 4.

LE GAC-PECH Sophie, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.*, 2014, p. 581.

LE GAC-PECH Sophie, « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », *L.P.A.*, 24 septembre 2015, n° 191, p. 4.

LEGRAND Véronique, BAZIN-BEUST Delphine, « Droit de la consommation/droit des contrats : le bilan 20 ans après », *L.P.A.*, 15 avril 2015, n° 75, p. 4.

LEHMANN Matthias, « Le projet CATALA et le droit allemand », *RDC*, 1 octobre 2007, n° 4, p. 1427.

LE TOURNEAU Philippe, « Brefs propos critiques sur la « responsabilité contractuelle » dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.*, 2007, p. 2180.

LEVENEUR Laurent, « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 661.

LOISEAU Grégoire, « Le vice et ses vertus - Contrat et vice de violence économique », *Comm. com. électr.*, avril 2015, n° 4, comm. 33.

LOISEAU Grégoire, « Droit des contrats - Observations », *L.P.A.*, 4 septembre 2015, n° 177, p. 51.

MAINGUY Daniel, « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2009, p. 308.

MALAURIE Philippe, « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p.7.

MALINVAUD Philippe, « Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes », *D.*, 2008, p. 2551.

MAZEAUD Denis, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *L.P.A.*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47.

MAZEAUD Denis, « Observations conclusives », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 177.

MAZEAUD Denis, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.*, 2007, p. 2959.

MAZEAUD Denis, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.*, 2008, p. 2675.

MAZEAUD Denis, « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs : Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen... », *RTD Eur.*, 2008 p. 723.

MAZEAUD Denis, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.*, 2009, p. 1364.

MAZEAUD Denis, « La cause, une notion dans le vent... », *D.*, 2013, p. 686.

MAZEAUD Denis, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, p. 291.

MEKKI Mustapha, « Droit des contrats - Observations », *L.P.A.*, 12 février 2009, n° 31, p. 103.

MEKKI Mustapha, « 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.

PATETTA Gaëlle, « Réforme du droit des contrats : l'avis de professionnels », *RLDC*, 2008, n° 54.

SAVAUX Eric, « Retour sur la violence économique, avant la réforme du droit des contrats », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 445.

SCHULZE Reiner, « Table ronde : Le regard des juristes européens. L'avant-projet de la Chancellerie et la discussion européenne sur le droit des contrats », *RDC*, 1 janvier 2009, n° 1, p. 380.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, 1 janvier 2006, n° 1, p. 45.

TERRE François, « La réforme du droit des contrats », *D.*, 2008, p. 2992.

TILCHE Marie, « Simplification du droit », *BTL*, 2013, n° 3484.

TOURNAFOND Olivier, « Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats commentaire raisonné et critique », *Dr. et prati.*, 2014, n° 241.

TOURNAFOND Olivier, « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », *Dr. et patri.*, 2015, n° 247.

WITZ Claude, « Table ronde : Contenu et exécution du contrat », *RDC*, 1 avril 2009, n° 2, p. 883.

ZIMMERMANN Reinhard, « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD civ.*, 2007, p. 451.

- **LE DROIT D'ALERTE**

DUCHE Anne, « Qui a un droit d'alerte dans l'entreprise ? », *Cah. Lamy CE*, octobre 2010, n° 97.

- **L'ACTION DE GROUPE**

MAINGUY Daniel, DEPINCE MALO, « L'introduction de l'action de groupe en Droit Français », *JCP E*, 20 mars 2014, n° 12, p. 21.

MAINGUY Daniel, DEPINCE MALO, « L'action de groupe, nouvelle procédure du droit français de la consommation », *Dr. et patri.*, n° 236, mai 2014.

VI. LES AVANTS-PROJETS DE REFORME EN DROIT INTERNE ET EN DROIT EUROPEEN

Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 1994.

(Dir.) GANDOLFI Giuseppe, *Avant-projet du Code européen des contrats*, (dit projet GANDOLFI ou projet de Pavie), Académie des Privatistes européens, in GRIDEL Jean-Pierre, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, février 2003, n° 55, Pavie, 2001.

(Dir.) LANDO Ole, *Principes du droit européen des contrats* (dit projet LANDO), Commission sur le droit européen des contrats (dit Commission LANDO) - Commission européenne, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2003.

Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2004.

(Dir.) CATALA Pierre, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit projet CATALA), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2005.

L'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée, *Cadre Européen commun de référence* (dit (Projet) Cadre commun de référence), Commission européenne, in Dir. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, coll. Droit privé comparé et européen, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, v. 7.

Projet de réforme du droit des contrats (dit projet de la CHANCELLERIE), ministre de la Justice, Lexinter.net <<http://www.lexinter.net>>, 2009.

(Dir.) TERRE François, *Propositions de réforme du droit des contrats* (dit projet TERRE), in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009.

Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (dit principes UNIDROIT), Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/fr/actualites>>, 2010.

VII. RAPPORTS ET BILANS PRODUITS PAR DES GROUPES DE TRAVAIL

(Dir.) CANIVET Guy, *Restaurer la concurrence par les prix - Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce* (dit rapport CANIVET relatif aux relations entre l'industrie et le commerce), Rapport au ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, coll. Collection des rapports officiels, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, Paris, 2004.

(Dir.) COULON Jean-Marie, *La dépenalisation de la vie des affaires* (dit Rapport COULON), Rapport au garde des Sceaux - ministre de la Justice, coll. Collection des rapports officiels, La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, Paris, 2008.

VIII. TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES

- **TEXTES ADOPTES PAR L'ASSEMBLEE CONSTITUANTE DURANT LA PERIODE REVOLUTIONNAIRE**

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789.

Décrets des 2 et 17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et de jurandes et établissement des droits de patente (dits décret d'ALLARDE).

Décrets des 14 et 17 juin 1791 (dits loi LE CHAPELIER).

- **TEXTES EUROPEENS**

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales (dite Convention européenne des droits de l'homme ou CEDH), Rome, 4 novembre 1950, *Cour européenne des droits de l'Homme* <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fra>>.

Traité du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (dit traité de Paris), *Service de documentation de la Cour de Justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 1950-1951, vol. 2, IV, p. 1005.

Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (dit traité de Rome), *EUR-Lex* <<http://eur-lex.europa.eu>>.

Traité du 7 février 1992 sur l'Union européenne (dit traité de Maastricht), *JOUE*, 29 juillet 1992, n° C 109/01, p. 1.

Traité du 26 février 2001 de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes (dit traité de Nice), *JOUE*, 10 mars 2001, n° C 80/01, p. 1.

Traité du 13 décembre 2007 de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (dit traité de Lisbonne), *JOUE*, 17 décembre 2007, n° C 306/01, p. 1.

Traité du 13 décembre 2007 sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée par le traité de Lisbonne), *JOUE*, 26 octobre 2012, n° C 326/01, p. 47.

▪ **TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES NON-CODIFIES**

Loi du 11 avril 1888 portant modification des articles 105 et 108 du code de commerce, *JORF*, 13 avril 1888, n° 101, p. 1565.

Loi du 17 mars 1905 sur la responsabilité du transporteur (dite loi RABIER), *JORF*, 29 mars 1905, p. 2009.

Loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritimes, *JORF*, 2 mai 1916, p. 3768.

Loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne, *JORF*, 3 juin 1924, p. 5046.

Loi du 3 décembre 1926 modifiant les articles 419, 420, 421 du code pénal, *JORF*, 4 décembre 1926, n° 282, p. 12722.

Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance (dite loi GODART), *JORF*, 18 juillet 1930, p. 8003.

Loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce, *JORF*, 30 juin 1935, p. 6914.

Loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915.

Loi n° 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer, *JORF*, 9 juillet 1967, p. 6867.

Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, *JORF*, 23 décembre 1972, p. 13348.

Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (dite loi ROYER), *JORF*, 30 décembre 1973, p.14139.

Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF*, 20 juillet 1977, p. 3833.

Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (dite loi SCRIVENER), *JORF*, 11 janvier 1978, p. 299.

Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (dite loi SCRIVENER), *JORF*, 11 janvier 1978, p. 301.

Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (dite loi AUROUX), *JORF*, 29 octobre 1982, p. 3255.

Loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs et modifiant diverses dispositions de la loi du 1 août 1905, *JORF*, du 22 juillet 1983, p. 2262.

Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *JORF*, 2 mars 1984, p. 751.

Loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, *JORF*, 31 décembre 1985, p. 15513.

Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire, *JORF*, 7 juillet 1987, p. 7391.

Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, *JORF*, 6 janvier 1988, p. 219.

Loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de « télé-achat », *JORF*, 7 janvier 1988, p. 271.

Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, *JORF*, 29 juin 1989, p. 8047.

Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles (dite loi NEIERTZ), *JORF*, 2 janvier 1990, n° 1, p. 18.

Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs (dite loi NEIERTZ), *JORF*, 21 janvier 1992, n° 170017, p. 968.

Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, *JORF*, 23 juillet 1992, p. 9864.

Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, *JORF*, 23 juillet 1992, p. 9875.

Loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens, *JORF*, 23 juillet 1992, p. 9887.

Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique, *JORF*, 23 juillet 1992, p. 9893.

Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *JORF*, 23 décembre 1992, n° 0298, p. 17568.

Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie législative), *JORF*, 27 juillet 1993, n° 171, p. 10538.

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), *JORF*, 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, *JORF*, 13 juin 2001, n° 135, p. 9337.

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite loi LME), *JORF*, 5 août 2008, n° 0181, p. 12471.

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF*, 13 mai 2009, n° 0110, p. 7920.

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, 12 octobre 2013, p. 16829.

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi HAMON), *JORF*, 18 mars 2014, n° 65, p. 5400.

Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *JORF*, 17 février 2015, p. 2961.

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi MACRON), *JORF*, 7 août 2015, n° 181, p. 13537.

Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (dite loi REBSAMEN), *JORF*, 18 août 2015, p. 14346.

Ordonnance du 12 novembre 1943 solennelle signée à Londres le 5 janvier 1943 par le comité national de la libération nationale et 17 gouvernements alliés : nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi ou sous son contrôle, *JORF*, 18 novembre 1943, p. 277.

Ordonnance n° 45-770 du 21 avril 1945 portant deuxième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliations accomplis par l'ennemi, *JORF*, 22 avril 1945, p. 2283.

Ordonnance n° 45-1224 du 9 juin 1945 portant troisième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 : nullité de droit de tous actes d'apparence légale accomplis avec le consentement des victimes, *JORF*, 10 juin 1945, p. 3379.

Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JORF*, 8 juillet 1945, p. 4150.

Ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, *JORF*, 29 septembre 1967, p. 9592.

Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, *JORF*, 21 septembre 2000, n° 0219, p. 14783.

Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, *JORF*, 22 septembre 2000, n° 0220, p. 14877.

Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, *JORF*, 14 novembre 2008, n° 0265, p. 17391.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, n° 35.

Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, *JORF*, 16 mars 2016, n° 64.

Décret-loi n° 53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, *JORF*, 10 août 1953, n° 187, p. 7045 (dit décret anti-trust réglant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence).

Décret n° 53-960 du 30 septembre 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, *JORF*, 1^{er} octobre 1953, p. 8618.

Décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 30 décembre 1986, p. 15775.

Décret n° 88-479 du 2 mai 1988 modifiant le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 3 mai 1988, p. 6000.

Décret n° 2014-1109 du 30 septembre 2014 portant application des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, renforçant les moyens de contrôle de l'autorité administrative chargée de la protection des consommateurs et adaptant le régime de sanctions, *JORF*, 2 octobre 2014, n°0228, p. 15999.

Décret n° 2015-1671 du 14 décembre 2015 relatif aux seuils de chiffres d'affaires fixés pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords d'achats groupés, *JORF*, 16 décembre 2015, p. 23166.

▪ **TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES CODIFIES**

- Art. 1102 du C. civ.
- Art. 1103 du C. civ.
- Art. 1104 du C. civ.
- Art. 1109 du C. civ.
- Art. 1111 du C. civ.
- Art. 1112 du C. civ.
- Art. 1113 du C. civ.
- Art. 1114 du C. civ.
- Art. 1115 du C. civ.
- Art. 1116 du C. civ.
- Art. 1117 du C. civ.
- Art. 1128 du C. civ.
- Art. 1130 du C. civ.
- Art. 1134 du C. civ.
- Art. 1140 du C. civ.
- Art. 1141 du C. civ.
- Art. 1142 du C. civ.
- Art. 1143 du C. civ.
- Art. 1171 du C. civ.
- Art. 1195 du C. civ.
- Art. 406 du C. pén. (de 1810)

- Art. 419 du C. pén. (de 1810)
- Art. 131-38 du C. pén.
- Art. 223-15-2 du C. pén.
- Art. 226-14 du C. pén.
- Art. 313-4 du C. pén.
- Art. L.420-1 du C. com.
- Art. L.420-2 du C. com.
- Art. L.420-3 du C. com.
- Art. L.420-6 du C. com.
- Art. L.442-6 du C. com.
- Art. L.442-6 I 2° b) du C. com. (version en vigueur sous la Loi NRE)
- Art. L.442-6 I 2° du C. com. (version actuelle)
- Art. L.450-3 du C. com.
- Art. L.462-10 du C. com.
- Art. R.462-5 du C. com.
- Art. L.121-8 du C. cons.
- Art. L.121-9 du C. cons.
- Art. L.121-10 du C. cons.
- Art. L. 132-13 du C. cons.
- Art. L.132-14 du C. cons.
- Art. L. 132-15 du C. cons.
- Art. L.623-1 du C. cons.
- Art. L.1132-3-3 du C. du trav.
- Art. L.1161-1 du C. du trav.
- Art. L.2313-2 du C. du trav.
- Art. L.2323-78 du C. du trav.
- Art. L.4131-1 du C. du trav.

- Art. L.4131-2 du C. du trav.
- Art. 31 du CPC.
- Art. L.5312-4-2 du C. santé publ.

▪ **TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES ETRANGERS**

Sherman Act, 2 juillet 1890, Acts of the 51st United States Congress, ch. 647, 26 Stat. p. 209, *U.S.C.*, title 15 Commerce And Trade, ch. 1 Front-Matter, §1-7, Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives, United States Code <<http://uscode.house.gov/browse.xhtml>>.

▪ **ACCORDS NATIONAUX INTERPROFESSIONNELS**

Accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail, 26 mars 2010.

IX. RAPPORTS, BILANS ET RESOLUTIONS PRODUITS PAR LES AUTORITES ADMINISTRATIVES

Conseil des Communautés européennes, *Résolution concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs*, 14 avril 1975, JOUE, 25 avril 1975, n° C 92, p. 1.

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 »*, DGCCRF <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2008.

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2008 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2009.

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2009 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2010.

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2010 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2011.

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2011 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2012.

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2012 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2013.

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2013 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2014.

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2014 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2015.

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, *Rapport relative aux « pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'action contentieuse civile 2015 »*, DGCCRF<<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>>, 2016.

X. AVIS, COMMUNICATIONS ET ETUDES PRODUITS PAR LES AUTORITES JUDICIAIRES

Avis de la Comm. tech., 21 novembre 1969, relatif à l'industrie de l'acide sulfurique (dit Avis Acide sulfurique), *JORF doc. adm.*, 1971, p. 130.

Avis de la Comm. tech., 17 mars 1971, relatif aux pratiques anticoncurrentielles dans l'industrie des casiers à bouteilles en matière plastique, *JORF doc. adm.*, 1972, p. 427.

Avis de la Comm. tech., 18 juin 1971, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur des services funéraires, *JORF doc. adm.*, 1972, p. 428.

Avis de la Comm. tech., 28 février 1975, relatif à la situation de la concurrence entre laboratoires se livrant au développement et au tirage de photographies en couleur, *JORF doc. adm.*, 1976, p. 1001.

Avis de la Comm. conc., 14 mars 1985, relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs groupements, Rapport pour 1985, annexe 1, n° IX, *BOSP*, 19 avril 1985.

Communication de la Comm. eur., relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications - Cadre général, marchés en cause et principe, *JOCE*, 22 août 1998, n° 98/C 265/02, p. 2.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen transmettant l'accord-cadre sur le harcèlement et la violence au travail du 26 avril 2007, *JOCE*, 8 novembre 2007, n° COM/2007/0686.

Avis de l'Aut. conc., n° 15-A-06, 31 mars 2015, relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, *BOCCRF*, 1 avril 2015.

Etude du Conseil d'Etat, 25 février 2016, Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, Les études du Conseil d'Etat, *La documentation française* <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, 2016.

XI. JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE COMMENTEE

▪ **Jurisprudence de la Cour de cassation**

- **Req., 17 août 1865.**
 - Note sous Req., 17 août 1865, *S.*, 1865, n° 1, p. 399.

- **Civ., 25 février 1879.**
 - Note sous Civ., 25 février 1879, *DP*, 1879, n° 1, p. 273.

- **Req., 27 avril 1887 (dit affaire « ROLF»).**
 - Note sous Req., 27 avril 1887, *DP*, 1888, n° 1, p. 263.
 - Note sous Req., 27 avril 1887, *S.*, 1887, n° 1, p. 372.

- **Req., 6 avril 1903.**
 - Note sous Req., 6 avril 1903, *S.*, 1904, n° 1, p. 505, obs. M. NAQUET.

- **Req., 10 mars 1908.**
 - Note sous Req., 10 mars 1908, *DP*, 1909, n° 1, p. 16.
 - Note sous Req., 10 mars 1908, *S.*, 1909, n° 1, p. 76.

- **Crim., 27 juillet 1912.**
 - Note sous Crim., 27 juillet 1912, *S.*, 1913, n° 1, p. 388.

- **Civ., 9 avril 1913.**
 - Note sous Civ., 9 avril 1913, *S.*, 1914, n° 1, p. 267.
 - Note sous Civ., 9 avril 1913, *DP*, 1917, n° 1, p. 103.

- **Civ., 6 juillet 1931, *DP*, 1931, p. 121.**
 - Note sous Civ., 6 juillet 1931, *Gaz. Pal.* 1931, 1, p. 81.

- **Req., 5 novembre 1935.**
 - Note sous Req., 5 novembre 1935, *DH*, 1935, p. 537.

- **Civ., 26 juillet 1949.**
 - Note sous Civ., 26 juillet 1949, *Gaz. Pal.*, 1949, n° 2, p. 363.

- **Civ., 30 juin 1954.**
 - Note sous Civ., 30 juin 1954, *JCP*, 1954, n° 2, p. 8325.

- **Civ., 3 novembre 1959.**
 - Note sous Civ., 3 novembre 1959, *D.*, 1960, p. 187, obs. G. HOLLEAUX.
 - Note sous Civ., 3 novembre 1959, *RTD civ.*, 1960, p. 295, obs. H. MAZEAUD et L. MAZEAUD.

- **Soc., n° 72-12008, 24 mai 1973, *Bull. civ.* 1973, n°342, p. 306.**
 - Note sous Soc., 24 mai 1973, *D.*, 1974, p. 365, obs. J. GHESTIN.

- **Com., n° 72-10782, 4 juin 1973, *Bull. civ.* 1973, IV, n° 193, p. 174.**
 - Note sous Com., 4 juin 1973, *RTD civ.*, 1974, p. 144, obs. Y. LOUSSOUARN.

- **Civ. 3^{ème}, n° 82-15753, 17 janvier 1984, *Bull. civ.* 1984, III, n° 13.**
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 17 janvier 1984, *Defrénois*, 1985, p. 378, obs. J.-L. AUBERT.

- **Com., 8 février 1984.**
 - Note sous Com., 8 février 1984, *D.*, 1984, IR, p. 388.

- **Soc., n° 82-14816, 8 novembre 1984, *Bull. civ.* 1984, V, n° 423.**
 - Note sous Soc., 8 novembre 1984, *JCP*, 1985, IV, p. 25.
 - Note sous Soc., 8 novembre 1984, *RTD civ.*, 1985, p. 446, obs. R. PERROT.

- **Soc., n° 84-41013, 13 novembre 1986, *Bull. civ.* 1986, V, n° 520, p. 394.**
 - Note sous Soc., 13 novembre 1986, *JCP*, 1987, IV, p. 27.

- **Com., n° 89-17672, 28 mai 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 180, p. 128.**
 - Note sous Com., 28 mai 1991, *D.*, 1991, somm. 383, obs. L. AYNES.
 - Note sous Com., 28 mai 1991, *D.*, 1992, p. 166, obs. P. MORVAN.
 - Note sous Com., 28 mai 1991, *RTD civ.*, 1992, p. 85, obs. J. MESTRE.

- **Com., 18 octobre 1994.**
 - Note sous Com., 18 octobre 1994, *D.*, 1995, p. 180, obs. C. ATIAS.

- **Com., 21 janvier 1995, *Bull. civ.* IV, n° 50.**
 - Note sous Com., 21 janvier 1995, *RTD Civ.* 1996, p. 391, obs. J. MESTR.
 - Note sous Com., 21 janvier 1995, *JCP E*, 1996, n° 2, I, p. 523, obs. M. MOUSSERON.

- **Com., n° 93-13302, 21 février 1995, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 50, p. 46.**
 - Note sous Com., 21 février 1995, *RTD civ.*, 1996, p. 391, obs. J. MESTRE.
 - Note sous Com., 21 février 1995, *JCP E*, 1996, I, n° 2, p. 532, obs. M. MOUSSERON.

- **Civ. 3^{ème}, n° 96-18309, 13 janvier 1999, *Bull. civ.* 1999, III, n° 11, p. 7.**
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 13 janvier 1999, *CCC*, 1999, n° 54, obs. L. LEVENEUR.
 - Note sous Civ. 3^{ème}, 13 janvier 1999, *Defrénois*, 1999, p. 749, obs. P. DELEBECQUE.

- Note sous Civ. 3^{ème}, 13 janvier 1999, *D.*, 27 janvier 2000, n° 4, p. 76, obs. C. WILLMANN.

- **Crim., n° 99-81057, 12 janvier 2000.**
 - Note sous Crim., 12 janvier 2000, *D.*, 2001, chron. p. 813, « L'abus d'ignorance ou de faiblesse est constitué même si l'acte obtenu n'est pas valable et même si le dommage n'est pas réalisé ».

- **Civ. 1^{re}, n° 98-15242, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, p. 109, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France « Groupe Azur ».***
 - Note sous Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *RTD civ.*, 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ».
 - Note sous Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *L.P.A.*, 22 novembre 2000, n° 233, p. 18, obs. S. SZAMES, « La violence économique : vice du consentement ? ».
 - Note sous Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *JCP*, 24 janvier 2001, n° 4, II, p. 10461, obs. G. LOISEAU, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ».
 - Note sous Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *JCP E*, 29 mars 2001, n° 13, p. 571, obs. R. SECNAZI, « La contrainte économique qualifiée de violence pour justifier l'annulation d'une transaction manifestement déséquilibrée ».

- **Com., 24 octobre 2000, *Bull. civ.* IV, n° 163.**
 - Note sous Com., 24 octobre 2000, *RTD civ.*, 2001, n° 163, p. 140.
 - Note sous Com., 24 octobre 2000, *CCC*, 2001, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

- **Crim., 6 mai 2001, *Bull. crim.*, 2006, n° 124.**
 - Note sous Crim., 6 mai 2001, *RTD com.*, 2003, obs. E. CLAUDEL.

- **Civ. 1^{re}, n° 00-12932, 3 avril 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 108, p. 84, Société Larousse-Bordas c/ M^{me} Kannas.**
 - Note sous Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial ».
 - Note sous Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *D.*, 2002, p. 1860, obs. J.-P. GRIDEL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial ».
 - Note sous Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE, B. FAGES, « Violence morale et dépendance économique ».
 - Note sous Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *Deffrénois*, 15 octobre 2002, n° 19, p. 1246, obs. E. SAVAUX.
 - Note sous Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *JCP*, 27 novembre 2002, n° 48, I, p. 184, obs. G. VIRASSAMY, « Droit des obligations ».
 - Note sous Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2003, n° 25, p. 18, obs. J. ROVINSKI, « Contrats et obligations ».

- **Civ. 2^{ème}, 18 décembre 2003, Mme Cetan c/ Mme Lecoq.**
 - Note sous Civ. 2^e, 18 décembre 2003, *L.P.A.*, 25 octobre 2004, n° 213, p. 14, obs. G. KESSLER.

- **Com., n° 02-14529, 3 mars 2004, *Bull. civ.*, 2004, IV.**
 - Note sous Com., 3 mars 2004, *D.*, 2004, p. 874, obs. E. CHEVRIER.

- **Com., n° 03-11369, 7 juillet 2004, Ministre de l'Economie c/ Syndicat des détaillants spécialistes du disque, *JurisData* n° 2004-024594.**
 - Note sous Com., 7 juillet 2004, *CCC*, décembre 2004, n° 12, comm. 179, « Précision sur le rôle du ministre de l'économie prévu par l'article L. 470-5 du code de commerce » obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

- **Crim., 6 septembre 2005, *JurisData* n° 2005-029826.**
 - Note sous Crim., 6 septembre 2005, *CCC*, décembre 2005, n° 12, obs. G. RAYMOND.

- **Crim., n° 04-86051, 15 novembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-031532, « Simone B., ép. H. ».**
 - Note sous Crim., 15 novembre 2005, *Rev. dr. pén.*, mars 2006, comm. 29.

- **Crim., n° 03-10328, 16 mai 2006.**
 - Note sous Crim., n° 03-10328, 16 mai 2006, *RLC*, 2008, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS, « De l'influence du droit des pratiques restrictives sur le droit commun des contrats ».

- **Com., n° 14-13987, 3 octobre 2006, inédit.**
 - Note sous Com., n° 14-13987, 3 octobre 2006, inédit, *RLDA*, 2006, p. 11, « La contrainte économique dans la relation bancaire ».

- **Civ. 2^{ème}, n° 04-11179, 5 octobre 2006, *Juris-data* n° 2006-035279.**
 - Note sous Civ. 2^{ème}, 5 octobre 2006, *CCC*, 2007, n° 2, p. 44.
 - Note sous Civ. 2^{ème}, 5 octobre 2006, *D.*, 2007, p. 2215, obs. R. CORNEIL.

- **Com., n° 05-21. 948, 6 février 2007.**
 - Note sous Com., 6 février 2007, *CCC*, 2007, n° 99, obs. G. DECOCQ.

- **Crim., n°06-19204, 12 février 2008.**
 - Note sous Crim., 12 février 2008, *RDC*, 1 juillet 2008, n° 3, p. 730, obs. Y-M LAITHIER, « Erreur ou abus ? (ou le vice de consentement qui n'ose pas dire son nom) ».

- **Com., n° 07-15604, 12 novembre 2008, SA Somatt c/ Me Dutour.**
 - Note sous Com., 12 novembre 2008, *Bull. Joly*, 01 mars 2009, n° 3, p. 276, obs. P. MOUSSERON.

- **Crim., n° 08-85601, 26 mai 2009, *Juris-Data* n° 2009-048662.**
 - Note sous Crim., 26 mai 2009, *Rev. dr. pén.*, octobre 2009, n° 10, comm. 118, obs. M. VERON, « L'appréciation de la vulnérabilité ».

- **Com., 23 mars 2010, France Telecom.**
 - Note sous Com., 23 mars 2010, *CCC*, 2010, obs. G. DECOCQ.

- **Com., n° 09-67369, 29 juin 2010, Sté d'exploitation de chauffage c/ Sté Soffimat, *JurisData* n° 2010-010742.**
 - Note sous Com., 29 juin 2010, *JCP E*, 25 octobre 2010, n° 43, p. 1056, obs. T. FAVARIO « La cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion ».
 - Note sous Com., 29 juin 2010, *JCP E*, 16 Décembre 2010, n° 50, p. 2108, obs. S. LE GAC- PECH.

- Note sous Com., 29 juin 2010, *L.P.A.*, 24 décembre 2010, n° 256, p.7, obs. A.-S. CHONE, « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La cour de cassation engagée dans une politique des petits pas ».

- **Jurisprudence des Cours d'appel**

- **Rennes, 20 mars 1929.**

- Note sous Rennes, 20 mars 1929, *S.*, 1929, n° 3, p. 556.

- **Chambéry, 15 mai 1944.**

- Note sous Chambéry, 15 mai 1944, *Gaz. Pal.*, 1944, n° 2, p. 111.

- **Colmar, 12 juillet 1946.**

- Note sous Colmar, 12 juillet 1946, *S.*, 1946, n° 2, p. 124.
- Note sous Colmar, 12 juillet 1946, *Gaz. Pal.*, 1947, n° 1, p. 90.

- **Angers, 19 mars 1956.**

- Note sous Angers, 19 mars 1956, *D.*, 1957, p. 22, obs. J. PREVAULT.

- **Lyon, 20 février 1964.**

- Note sous Lyon, 20 février 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, n° 1, p. 420.

- **Paris, 31 mars 1966.**
 - Note sous Paris, 31 mars 1966, *Gaz. Pal.*, 1966, n° 2, p. 194.
 - Note sous Paris, 31 mars 1966, *RTD civ.*, 1967, p. 147, obs. J. CHEVALLIER.

- **Paris, 27 septembre 1977, (dit affaire Audi NSU).**
 - Note sous Paris, 27 septembre 1977, *Gaz. Pal.*, 1978, n° 1, p. 110, obs. J. GUYENOT.
 - Note sous Paris, 27 septembre 1977, *RTD com.*, 1978, p. 595, obs. J. HEMARD.
 - Note sous Paris, 27 septembre 1977, *D.*, 1978, p. 690, obs. H. SOULEAU.

- **Paris, 8 juillet 1982.**
 - Note sous Paris, 8 juillet 1982, *D.*, 1983, p. 473, obs. D. LANDRAUD.

- **Pau, 24 mai 1983.**
 - Note sous Pau, 24 mai 1983, *RTD civ.*, 1984, p. 709, obs. J. MESTRE.

- **Aix-en-Provence, 17 avril 1987, S.A. MORY c/ ATTARD.**
 - Note sous Aix-en-Provence, 17 avril 1987, *RTD civ.*, 1988, p. 115 et s.

- **Aix-en-Provence, 19 février 1988, *Bull. civ.* 1988, n° 24.**
 - Note sous Aix-en-Provence, 19 février 1988, *RTD civ.*, 1989, p. 535, obs. J. MESTRE.

- **Bourges, 11 avril 1989.**
 - Note sous Bourges, 11 avril 1989, *Gaz. Pal.*, 1990, p. 311.

- **Versailles, 8 juillet 1994, Bonniec c/ Robert.**
 - Note sous Versailles, 8 juillet 1994, *RTD civ.*, 1995, obs. J. MESTRE.

- **Grenoble, 2 novembre 1995.**
 - Note sous Grenoble, 2 novembre 1995, *CCC*, avril 1996, n° 74, obs. G. RAYMOND.

- **Paris, 13 mai 1996.**
 - Note sous Paris, 13 mai 1996, *CCC*, octobre 1996, n° 178, obs. G. RAYMOND.

- **Bordeaux, 13 mai 1998.**
 - Note sous Bordeaux, 13 mai 1998, *CCC*, février 1999, n° 29, p. 19, obs. G. RAYMOND.

- **Paris, 12 janvier 2000, *JurisData* n° 107201, M^{me} K c/ S.A. L.-B.**
 - Note sous Paris, 12 janvier 2000, *JCP*, 2000, n° II, p. 10433, obs. P. PIERRE.
 - Note sous Paris, 12 janvier 2000, *D.*, 2001, p. 2067, obs. P. FADEUILHE.
 - Note sous Paris, 12 janvier 2000, *RTD civ.*, 2003, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

- **Paris, 4 juillet 2000.**
 - Note sous Paris, 4 juillet 2000, *RTD civ.*, 2001, p. 140.

- **Paris., 10 et 11 janvier 2005, *Juris-Data* n° 2005-275619.**
 - Note sous Paris., 10 et 11 janvier 2005, *CCC*, 2005, comm. 195.

- **Jurisprudence des autorités de première instance**

- **Trib. civ. Albi, 18 juillet 1895.**
 - Note sous Trib. civ. Albi, 18 juillet 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, n° 2, p. 326.

- **Trib. civ. Seine 23 février 1907.**
 - Note sous Trib. civ. Seine, 23 février 1907, *Rev. crit.*, 1907, p. 197, obs. G. RIPERT.

- **Trib. com. Seine, 12 mars 1945.**
 - Note sous Trib. com. Seine, 12 mars 1945, *Gaz. Pal.*, 1945, n° 1, p. 107.

- **Trib. civ. Metz, 4 juillet 1946.**
 - Note sous Trib. civ. Metz, 4 juillet 1946, *Gaz. Pal.*, 1947, n° 1, p. 34.

- **Trib. civ. Cernay, 12 décembre 1946.**
 - Note sous Trib. civ. Cernay, 12 décembre 1946, *Gaz. Pal.*, 1947, n° 1, p. 90.

- **Trib. civ. Saumur, 5 juin 1947.**
 - Note sous Trib. civ. Saumur, 5 juin 1947, *Gaz. Pal.*, 1947, n° 2, p. 59.

- **Cons. conc., n° 89-D-16, 2 mai 1989, Société Chaptal SA.**
 - Notes sous Cons. conc., 2 mai 1989, *Rec. Lamy*, n° 361, obs. C. ROBIN.

- **Cons. conc., n° 90-D-23, 3 juillet 1990, JVC Vidéo France.**
 - Note sous Cons. conc., 3 juillet 1990, *Rec. Lamy*, n° 402, obs. J. AZEMA.

- **Cons. conc., n° 96-D-44, 18 juin 1996, Secteur de la publicité, BOCC, 14 novembre 1996.**
 - Note sous Cons. conc., 18 juin 1996, *JCP E*, 1998, p. 76, obs. L. VOGEL.

JURISPRUDENCE CITEE

- Jurisprudence interne
 - Jurisprudence du Conseil constitutionnel
 - Cons. const., n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, *JORF*, 26 janvier 1994, p. 1382.

 - Cons. const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *JORF*, 14 juin 1998, p. 9033.

 - Cons. const., n° 99-421 DC, du 16 décembre 1999, *JORF*, 22 décembre 1999, p. 19041.

 - Cons. const., n° 2000-437 DC, 19 décembre 2000, *JORF*, 24 décembre 2000, p. 20576.

 - Cons. const., n° 2011-126 DC, 13 mai 2011, Sct Système U Centrale Nationale et autre, *JORF*, 13 mai 2011, p. 84.

• **Jurisprudence de la Cour de cassation**

- Civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne, *DP.*, 1876, I, p. 193 ; *S.*, 1876, I, p. 161.
- Req., 21 avril 1887, L'affaire Le ROLF, *DP.*, 1888, I, p. 263 ; *S.*, 1887, I, p. 372.
- Req., 10 novembre 1908, *DP.*, 1909, I, p. 16 ; *S.*, 1909, I, p. 76.
- C.E., 24 mars 1916, *Gaz de Bordeaux.*
- Req., 28 juillet 1924, *S.*, 1925, I, p. 183.
- Civ., 24 avril 1925, *DP.*, 1931, IV, p. 97.
- Civ., 29 avril 1929, *DP.*, 1930, I, p. 6.
- Civ., 6 juillet 1931, *DP.*, 1931, p. 121 ; *Gaz. Pal.* 1931, I, p. 81.
- Com., 28 avril 1953, *Bull. civ.* 1953, III, n° 151, p. 114.
- Civ., 5 juin 1961, *Bull. civ.* 1961, I, n° 289, p. 230.
- Soc., 5 juillet 1965, *Bull. civ.* 1965, IV, n° 545, p. 460.
- Com., n° 78-10833, 20 mai 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 212, p. 170.

- Soc., n° 82-14816, 8 novembre 1984, *Bull. civ.*, V, n° 423.
- Civ., n° 87-10564, 24 mai 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 212, p. 142.
- Com., n° 90-18547, 3 novembre 1992, l'affaire Huard, *Bull.*, 1992, IV, n° 338, p. 241.
- Com., 12 octobre 1993, *BOCC*, 15 janvier 1994.
- Com., n° 94-19272, 18 février 1997, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 59, p. 52.
- Com., 12 janvier, 1999, *Bull. civ.*, IV, n° 10.
- Civ. 3^{ème}, n° 96-18309, 13 janvier 1999, *Bull. civ.* 1999, III, n° 11, p. 7.
- Com., n° 98-17705, 5 décembre 2000.
- Com., n° 02-14529, 3 mars 2004, Société Concurrence, *Bull. civ.*, 2004, IV, n° 44, p. 43.
- Com., n° 01-11414, 11 janvier 2005, inédit.
- Com., n° 07-16761, 8 juillet 2008, Ministre de l'Economie c/ SA Coopérative Groupement d'Achats des centres Leclerc (GALEC), *JurisData* n° 2008-044791.
- Civ. 2nd, n° 08-16829, 28 mai 2009, *Bull. civ.*, 2009, II, n° 131.
- Soc., n° 10-30126, 11 février 2011, *Bull. civ.*, 2011, V, n° 26.

- Com., n° 10-40070, 8 mars 2011, *Bull. civ.*, 2011, IV, n° 37.
- Com., n° 11-40029, 12 juillet 2011, Sociétés Carrefour France, Carrefour Hypermarchés, CSF, Prodim et Interdis c/ Ministre.
- Com., n° 10-28005, 18 octobre 2011, *Bull. civ.*, IV, n° 160.
- Com., n° 966F-D, 9 octobre 2012.
- Com., n° 11-24570, 6 novembre 2011.
- Com., n° 11-21743, 4 décembre 2012, FS+P+B, *Bull. civ.*, IV, n° 216.
- Com., n° 13-19692, 7 octobre 2014.
- Com., n° 13-25043, 29 septembre 2015, E.M.C. c/ Ministre.
- Com., n° 13-26414, 10 février 2015.
- Com., n° 13-27525, 3 mars 2015, Eurauchan c/ Ministre.
- Com., n° 14-10907, 3 mars 2015, Ministre c/ Provera.
- Com., n° 14-11387, 27 mai 2015, Ministre c/ Leclerc.
- Civ., n° 15-17658, 21 septembre 2016.

• **Jurisprudence des Cours d'appel**

- Poitiers, 10 septembre 1987, *Juris-Data* n° 1987-043567.

- Paris, 28 février 1990, *Juris-Data* n° 1990-022382.

- Paris, 12 juillet 1990, l'affaire « le jeu Trivial Pursuit », *BOCC*, 20 juillet 1990.

- Paris, 5 juillet 1991, *D.*, 1991. IR, p. 247.

- Paris, 30 mars 1992, *JCP E*, n° 564.

- Paris, 25 mai 1994, *BOCC*, 24 juin 1994.

- Paris, n° 1005 F-P, 18 mars 1998.

- Agen, 14 janvier 1999, *JurisData* n° 1999-042657.

- Paris, 12 janvier 2000, *JurisData* n° 107201, Mme K. c/ SA L.-B.

- Aix-en-Provence, 18 janvier 2000, *JurisData* n° 2000-113165.

- Toulouse, 8 novembre 2001, *JurisData* n° 2001-161114.

- Paris, 9 avril 2002, *BOCC*, 24 juin 2002.

- Versailles, n° 05/09223, 3 mai 2007, SA Coopération Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC) c/ Ministre de l'Economie, *JurisData* n° 2007-333342.

- Angers, n° 06/00563, 29 mai 2007, SA FINAMO c/ Ministre de l'Economie, *JurisData* n° 2007-342249.

- Paris, n° 06-10552, 3 juillet 2009.

- Grenoble, n° 09-01272, 10 février 2010.

- Nîmes, 25 février 2010, Ministre de l'Economie c/ SAS Carrefour France, *BOCC*, 30 mars 2010.

- Paris, 25 novembre 2010.

- Paris, n° 09-19277, 20 janvier 2011.

- Paris, n° 10-01509, 20 janvier 2011.

- Aix-en-Provence, n° 09-18512, 16 février 2011.

- Riom, n° 10-01169, 23 février 2011.

- Paris, n° 08-18618, 28 avril 2011.

- Paris, n° 11-01791, 25 mai 2011.

- Paris, n° 10-08123, 31 mai 2011.
- Paris, n° 09-09940, 3 juin 2011.
- Versailles, n° 10-03622, 9 juin 2011.
- Versailles, n° 10-03625, 9 juin 2011.
- Paris, n° 09-28449, 16 juin 2011.
- Rennes, n° 10-00903, 28 juin 2011.
- Rennes, n° 10-01515, 28 juin 2011.
- Lyon, n° 09-07185, 30 juin 2011.
- Paris, n° 10-10475, 1^{er} septembre 2011.
- Paris, n° 08-20279, 22 septembre 2011.
- Paris, n° 10-04833, 22 septembre 2011.
- Bordeaux, n° 09-06884, 3 octobre 2011.
- Angers, n° 10-02582, 18 octobre 2011.
- Paris, n° 09-23007, 26 octobre 2011.

- Rouen, n° 11-00634, 14 décembre 2011.
- Nancy, n° 10-02664, 14 décembre 2011.
- Douai, n° 11-03344, 16 décembre 2011.
- Nîmes, n° 09-05026, 26 janvier 2012, Ministre c/ SA Auzon-Ventoux (Centre Leclerc).
- Nîmes, n° 09-05027, 26 janvier 2012.
- Orléans, n° 11-02284, 12 avril 2012, Ministre c/ SAS Carrefour.
- Colmar, n° 09-04851, 18 avril 2012, Ministre et Sct COLONA c/ SNC Lidl.
- Poitiers, n° 11-03252, 29 janvier 2013, Ministre c/ SA Soredis.
- Paris, n° 11-03025, 12 juin 2013.
- Paris, n° 12-07651, 4 juillet 2013, Sct E.M.C. Distribution c/ Ministre.
- Paris, n° 11-17941, 11 septembre 2013, Ministre c/ SAS Eurauchan.
- Paris, n° 12-03177, 18 septembre 2013, Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC).
- Paris, n° 12-01879, 3 octobre 2013.

- Paris, n° 12-04791, 20 novembre 2013, Ministre c/ Sct Provera France.
- Paris, n° 12-00150, 18 décembre 2013.
- Paris, n° 13-12160, 25 mars 2014.
- Paris, n° 13-24342, 9 avril 2014.
- Paris, n° 13-16336, 1^{er} octobre 2014, SAS Carrefour France, SAS CSF, SAC Carrefour Proximité France, SNC Interdis, SAS Carrefour Administratif France, SAS Carrefour Hypermarchés.
- Paris, n° 13-06091, 3 décembre 2014, Ministre c/ SAS Carrefour France.
- Amiens, n° 13-01532, 3 décembre 2015, SCAPARF c/ Ministre.
- Paris, n° 13-19251, 1^{er} juillet 2015, Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC).

- **Jurisprudence des juridictions de première instance**

- Cons. conc., n° 91-D-51, 19 novembre 1991, pour une offre sans équivalent pour le câble, *BOCC*, 11 décembre 1991.
- Cons. conc., n° 93-D-21, 8 juin 1993, Groupe CORA, *BOCC*, 25 juillet 1993.

- Cons. conc., n° 94-D-60, 13 décembre 1994, Secteur des lessives, *BOCC*, 18 février 1995.
- Cons. conc., n° 96-D-44, 18 juin 1996, Secteur de la publicité, *BOCC*, 14 novembre 1996.
- TGI Chartes, 22 juin 2000, *BID*, 2000, n° 9.
- Cons. conc., n° 00-D-50, 5 mars 2001, Pratiques mises en œuvre par la société Française de jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, *BOCC*, 24 avril 2001.
- Cons. conc., n° 01-D-49, 31 août 2001, relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony, *BOCC*, 30 octobre 2001.
- Cons. conc., n° 02-D-24, 27 mars 2002, relative à une saisine de la société cabinet affaires et recouvrement (CAR) à l'encontre de la société Buroservices, *BOCCRF*, 24 avril 2002.
- Cons. conc., n° 02- D-77, 27 décembre 2002, relative à une saisine de la SA Daniel Grenin à l'encontre des sociétés Imphy UGINE Précision, Sprint-Métal et Usinor Achats, *BOCCRF*, 4 février 2003.
- Cons. conc., n° 04-D-11, 6 avril 2004, relative à une saisine de la société Sematec contre les pratiques de la société Newell Window fashions Germany, *BOCCRF*, 14 avril 2004.

- Cons. conc., n° 04- D-36, 23 juillet 2004, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport des petits colis, *BOCCRF*, 16 août 2004.

- Cons. conc., n° 05-D-05, 18 février 2005, SARL Les Oliviers, *BOCCRF*, 28 octobre 2005.

- Cons. conc., n° 05-D-44, 21 juillet 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe La Provence (anciennement La Provençal) dans le secteur de la publicité dans la presse quotidienne régionale à Marseille, *BOCCRF*, 23 août 2005.

- Cons. conc., n° 05-D- 50, 21 septembre 2005, relative à la plainte de la société SCOB à l'encontre des pratiques mises en œuvre par la société Brasseries Kronenbourg dans le secteur de la distribution de la bière, *BOCCRF*, 28 septembre 2005.

- Trib. com. Lille, n° 2009-05105, 27 octobre 2010, SAS Eurauchan c/ Ministre.

- Trib. com. Créteil, 7 décembre 2010.

- Aut. conc., n° 11-DCC-134, 2 septembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot, *BOCCRF*, 14 octobre 2011.

- Trib. com. Créteil, n° 2009F01017, 13 décembre 2011, Ministre c/ Sct Système U Centrale Nationale.

- Trib. com. Créteil, n° 2009F011018, 13 décembre 2011, Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC).
- Trib. com. Créteil, n° 2008F00229, 17 janvier 2012, Président de l'autorité de la concurrence et Ministre c/ SA Coopérative Groupements d'Achats des centres Leclerc (GALEC).
- Aut. conc., n° 12-D-07, 17 février 2012, relative à des pratiques relevées dans le secteur des emballages en bois, *BOCCRF*, 20 février 2012.
- Trib. com. Meaux, n° 2009-02296, 24 janvier 2012, Ministre c/ Sct E.M.C. Distribution.
- Trib. com. Romans sur Isère, n° 2007J70079, 28 mars 2012, Ministre c/ Sct Système U.
- Trib. com. Bordeaux, n° 2011F00321, 11 mai 2012, Ministre c/ Scalandes.
- Trib. com. Evry, n° 2009F00729, 26 juin 2013.
- Trib. com. Paris, n° 2011058615, 24 septembre 2013.
- Trib. com. Sarreguemines, n° 2010-000357, 18 mars 2014.
- Trib. com. Paris, n° 2015-0000040, 7 mai 2015, Ministre c/ Expedia.

▪ **Jurisprudence des juridictions communautaires**

- CEDH, n° 51255/88, 17 janvier 2012, Société GALEC c/ France, *JurisData* n° 2012-006077.
- CJCE, aff. 6/72, 21 février 1973, Continental Can c/ Commission, *Rec.*, 1973, p. 215.
- CJCE, aff. 26/76, 25 octobre 1977, Métro c/ Commission, *Rec.*, 1977, p. 1875.
- CJCE, aff. 27/76, 14 février 1978, United Brands, *Rec.*, 1978, p. 207.
- CJCE, aff. 77/77, 29 juin 1978, B.P. et autres c/ Commission des Communautés européennes, *Rec.*, 1978, p. 1513.
- CJCE, aff. 85/76, 13 février 1979, Hoffman-La Roche & Co. AG c/ Commission des Communautés européennes, *Rec.*, 1979, p. 461.
- CJCE, aff. 120/78, 20 février 1979, Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (dit affaire Cassis de Dijon), *Rec.*, 1979, p. 649.
- CJCE, aff. 322/81, 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission des Communautés européennes, *Rec.*, 1983, p. 3461.
- CJCE, aff. C-393-92, 27 avril 1994, Commune d'Almelo, *Rec.*, 1994, I, p. 1477.

- CJCE, 31 mars 1998, France c/ Commission (Kali und Salz), *JOUE* n° L.33 du 4 février 1999.
- CJCE, aff. C-7/97, 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG, *Rec.*, 1998, I, p. 7791.
- TPICE, aff. T-68, 77, 77/78, du 10 mars 1992, SIV e.a.c/ Commission, *Rec.*, 1992, p. 1403.
- Comm. com. eur., aff. 72/457/CEE, 14 décembre 1972, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne (dit affaire Zoja c/ CSC ICI), *JOCE*, 31 décembre 1972, n° L299, p. 51.
- Comm. com. eur., aff. 77/327/CEE, 19 avril 1977, relative à une procédure d'application de l'article 86 du Traité CEE (dit affaire ABG c/ BP Néerland), *JOCE*, 9 mai 1977, n° L117, p. 1.
- Comm. com. eur., aff. 78/68/CEE, 8 décembre 1977, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne (dit affaire Hugin/Liptons), *JOCE*, 27 janvier 1978, n° L22, p. 23.
- Comm. eur., 7 décembre 1988, *JOCE*, n° L.33, 4 décembre 1989.
- Comm. eur., 3 février 1999, aff. M.1221 - Rewe/Meinl, *JOCE*, C 1999/228.

▪ **Jurisprudence des juridictions étrangères**

- Cour suprême des Etats-Unis, 15 mai 1911, Standard Oil Co. of New Jersey v/ United States, 221 U.S. 1, *Justifia US Supreme Court* <<https://supreme.justia.com>>.
- Cour suprême des Etats-Unis, 1 juin 1925, Maple Flooring Manufacturer's Association v/ United States, 268. U.S. 563, *Justifia US Supreme Court* <<https://supreme.justia.com>>.
- Cour suprême des Etats-Unis, 10 mars 1958, Northern Pacific Railway. Co. v/ United States, 356 U.S. 1, *Justifia US Supreme Court* <<https://supreme.justia.com>>.
- Lloyds Bank Ltd c/ Bundy, 1974, 3 WLR 501, 1975 QB 326, opinion de Lord Denning, in *Les grands arrêts de la common law*, vol. 2 : Les contrats, Bruylant, Y. Blais, 1999, p. 45.
- Cour suprême des Etats-Unis, 22 février 1977, United States Steel Corp. v/ Fortner Enterprises Inc., 429 U.S. 610, *Justifia US Supreme Court* <<https://supreme.justia.com>>.
- Comité judiciaire du Conseil privé, 9 avril 1979, Pao on v/ Lau Yiu Long, *Judicial Committee of the Privy Council, Hong Kong*, <<http://privycouncilpapers.exeter.ac.uk>>.

XII. SOURCES NUMERIQUES

- Commission d'examen des pratiques commerciales,
<http://www.economie.gouv.fr/cepc>

- Conseil constitutionnel,
<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

- Cour européenne des droits de l'Homme,
<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fra>

- Dictionnaire de l'académie française, en ligne, 8^{ème} éd. (1932-1935)
<http://www.academie-francaise.fr/le-dictionnaire/consultation-en-ligne>

- Dictionnaire Le Petit Larousse, en ligne,
<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/contrainte/18670?q=contrainte#18564>

- Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes,
<http://www.economie.gouv.fr/dgcrf>

- EUR-Lex,
<http://eur-lex.europa.eu>

- Gallica,
<http://gallica.bnf.fr>

- Justitia US Supreme Court (Cour suprême des Etats-Unis),
<https://supreme.justia.com>

- La documentation Française,
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>

- Legaletic,
<http://www.legaletic.fr/>

- Lexinter.net,
<http://www.lexinter.net>

- Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives,
United States Code,
<http://uscode.house.gov/browse.xhtml>

- Privy Council Papers,
<http://privycouncilpapers.exeter.ac.uk>

- UNIDROIT,
<http://www.unidroit.org/fr/actualites>

INDEX

A

Abus de dépendance économique : 65, 80, 81, 87, 123, 124, 134 à 138, 151, 174, 180, 556 à 563, 568, 571 à 578, 582 à 591, 595 à 597, 600 à 609, 740, 772 à 778, 862, 886, 894, 911, 921, 943, 1034, 1037, 1039, 1079, 1081 à 1088, 1131, 1183, 1190 à 1198, 1200 à 1204, 1252 à 1271, 1292, 1309, 1324, 1335, 1367, 1368, 1380, 1382, 1396 à 1398, 1402, 1412 à 1419, 1444 à 1455, 1477, 1478, 1734, 1743, 1771, 1777, 1876, 1879, 1886, 1947, 1948, 1997, 2013, 2028, 2067, 2115.

Abus de déséquilibre structurel : 65, 101, 110, 112, 124 à 127, 161 à 170, 426 à 431, 611, 789, 798, 834, 859, 861, 910, 997, 1010, 1011, 1029, 1030, 1041, 1130, 1131, 1138, 1160 à 1163, 1168 à 1173, 1215, 1254, 1357, 1371, 1376, 1387, 1388, 1390, 1393, 1395, 1401, 1407, 1419, 1420, 1421, 1441, 1442, 1452, 1485, 1512, 1551 à 1556, 1560, 1565 à 1569, 1571 à 1578, 1582, 1588 à 1591, 1604, 1609, 1615, 1616, 1630, 1644, 1659, 1662, 1666, 1669, 1698, 1708, 1714, 1722 à 1742, 1752 à 1768, 1775, 1780, 1781, 1790, 1796, 1797, 1802, 1807, 1808, 1823, 1824, 1842, 1844, 1845, 1851, 1853, 1854, 1871, 1887, 1902, 1908, 1916, 1920, 1922, 1929, 1989, 1991, 1994, 1997, 1998, 2009, 2041, 2072 à 2114, 2121 à 2144.

Abus de domination : 432, 433, 441, 556, 557, 569, 722, 733, 737 à 739, 792, 796, 1138, 1823.

Abus de droit : 115, 912, 913, 917, 932, 977 à 982, 1304, 1314.

Abus de faiblesse : 88, 140 à 143, 174, 180, 192, 285, 301, 405, 432, 612 à 619, 633, 661 à 707, 722, 737, 780 à 792, 796, 862, 878, 886, 921, 943, 1131, 1138, 1273, 1275, 1289, 1323, 1333, 1340 à 1347, 1370, 1383 à 1385, 1403, 1411, 1457 à 1476, 1767, 1772, 1773, 1783, 1823, 1879, 1886, 2115.

Abus de fait : 907, 912 à 920, 932, 982, 1154, 1304, 1311, 1314.

Abus de position dominante : 28 à 30, 87, 128 à 137, 174, 180, 435 à 440, 481, 493 à 515, 524 à 582, 740, 741, 759 à 779, 862, 886, 894, 897, 911, 920, 921, 943, 1101, 1131, 1183, 1294, 1309, 1319, 1320, 1354, 1368, 1380, 1382, 1396, 1412, 1418, 1444, 1445, 1454, 1455, 1771, 1879, 1886, 1994, 2013, 2115.

Abus de pouvoir : v. *abus de fait*. 11, 131, 489, 759, 907, 917, 918, 920, 1313.

Abus de situation : 367, 1023, 1059, 1065, 1070, 1074, 1091 à 1097, 1119, 1156, 1626.

Abus de vulnérabilité : 88, 144, 145, 614, 615, 674, 703, 781, 790, 791, 862, 886, 921, 943, 1131, 1220, 1275, 1403, 1457, 1462, 1468, 1637, 1879, 1886, 2115.

Action de groupe : 1857, 1861, 1902 à 1917, 2094, 2141.

Amende civile : 604, 1399, 1477 à 1508, 1848, 1931, 1944, 1947, 1953, 1955, 1970, 2012.

B

Bonne foi : 97, 109, 110, 115, 188, 218, 228, 253, 419, 635, 825, 828, 837, 839, 843 à 860, 958 à 977, 1007, 1534, 1582, 1702 à 1706, 1870, 1894, 1896, 1900, 1901, 2009, 2038.

C

Cause : 80, 116, 126, 127, 811, 908, 940, 985, 988 à 991, 1326, 1328, 1568 à 1576, 1631, 1779, 2085.

Consentement

Dimension réflexive : 32, 142, 731, 869 à 873, 1124 à 1127, 1145, 1146, 1158, 1585, 2120, 2125.

Dimension volitive : 32, 142, 194, 232, 321, 731, 732, 741, 748, 787, 789, 795, 869, 871 à 873, 1124 à 1127, 1145, 1146, 1158, 1585, 2120, 2125.

Consentement vicié : 16, 412, 830, 1124, 1342, 1399, 1418, 1451, 1509, 1694, 1696, 1705 à 1721, 1788, 1824, 1848, 2109.

Crainte : 53 à 59, 75, 147, 184 à 195, 200 à 282, 291 à 300, 310, 323, 324, 336, 338, 366, 385, 386, 390 à 395, 404 à 412, 596, 1135, 1206, 1336, 1349, 1365, 1377, 1646, 1667, 2024, 2025.

D

Dépendance économique : 12, 22, 63 à 84, 118, 120, 121, 139, 345, 350, 357, 360, 368, 372, 383, 390, 394, 401, 409 à 412, 425, 561, 565, 574, 577, 597, 600, 814, 866, 886, 891, 919, 944, 981, 1044 à 1048, 1072 à 1086, 1094, 1112, 1126, 1136, 1137, 1152, 1182, 1191 à 1229, 1232 à 1272, 1322, 1326, 1334, 1367,

1611, 1682, 1802, 1803, 2028, 2060, 2065.

Déséquilibre contractuel : 16, 17, 76, 106 à 116, 122 à 126, 274, 275, 295, 609, 830, 986, 993 à 998, 1010 à 1013, 1023 à 1035, 1041, 1156, 1284, 1326, 1327, 1337, 1347, 1568, 1571, 1573, 1574, 1630, 1631, 1641, 1642, 1716, 1723, 1734, 1782, 1812, 1997, 2028.

Déséquilibre significatif : 17, 18, 79, 108, 122 à 125, 138, 608, 609, 997, 1029, 1033 à 1040, 1477, 1734, 1994 à 1997.

Déséquilibre structurel : 16, 26, 27, 118 à 126, 729, 783, 789, 830, 833, 881 à 899, 910, 919, 940, 944, 986, 987, 994, 998, 1013, 1023, 1027 à 1156, 1175 à 1190, 1205, 1212, 1218, 1226 à 1229, 1265, 1270, 1271, 1284, 1313 à 1338, 1358, 1585, 1602 à 1617, 1630, 1631, 1646, 1653, 1676, 1682, 1694, 1738 à 1742, 1782 à 1785, 1815, 1818, 1997, 2035, 2036, 2060, 2072, 2104, 2111, 2123, 2143.

Dimension intellectuelle : v. *dimension réflexive*.

Dommages et intérêts : 1397 à 1407, 1420 à 1438, 1467, 1485, 1693, 1697, 1712, 1824, 1844, 1846, 1894, 1948, 1956 à 1964, 1986, 2005, 2078, 2079, 2113.

Dommages et intérêts punitifs : 678 à 681, 1434 à 1439, 1467, 1470, 1486, 1506 à 1514, 1697, 1698, 1827, 1828, 1840 à 1851, 1915, 1916, 2112, 2113, 2139.

Droit d'alerte : 1857 à 1902, 2000, 2016, 2094, 2141.

Droit de la concentration : 469 à 474, 482, 491 à 494, 500, 515, 520 à 525, 744

à 750, 864, 908, 1241, 1251, 1732, 1740
à 1747, 2105, 2133.

Droit positif : 102, 177, 193, 198, 220,
1163 à 1172, 1551, 1756 à 1790, 1844,
1871 à 1874, 2072, 2084, 2090, 2107,
2130.

Droit processuel : 1729, 1735, 1736,
1852, 1853, 2017, 2091, 2092, 2098,
2140, 2143.

Droit progressif : 89, 94, 98, 101, 853,
1163 à 1168, 1516, 1517, 1534, 1535,
1550 à 1561, 1588 à 1602, 1690, 1728,
1756, 1757, 1763, 1768, 1790, 2084 à
2090, 2107, 2131.

Droit substantiel : 1729, 1735, 1736,
1754, 2091, 2105.

E

Élément intentionnel : v. *intention
délictuelle*. 210, 385, 693, 876, 892 à
898, 939, 1153, 1302 à 1309, 1323 à
1325, 1491, 1650, 2123.

Élément psychologique: v. *déséquilibre
structurel*. 384, 387, 389, 876, 883 à 885,
898, 948, 1152, 1815, 2123.

Équilibre contractuel : 16, 17, 76, 93,
99, 275, 848, 998, 1002, 1010, 1011,
1284, 1347, 1571 à 1573, 1705 à 1722,
2054.

Etat de nécessité : 53, 58, 59, 72, 91 à
93, 192, 206, 307 à 375, 383, 390, 394,
401, 412 à 418, 424, 427, 1074, 1075,
1080 à 1088, 1093 à 1097, 1106, 1108,
1112, 1136, 1137, 1213, 1217, 1367,
1585, 1606, 1607, 1611, 1618, 1674,
1682, 2060.

F

Faiblesse

Faiblesse économique : 4, 142,
353, 394, 424, 640, 662, 730, 731, 783 à
787, 866, 874, 886 à 891, 919, 1044,
1126, 1146 à 1152, 1213, 1609 à 1617,
2036, 2120.

Faiblesse non-économique : 4,
887 à 890, 1126, 1213, 1222.

Faiblesse extrinsèque : 873,
889, 1044, 1146, 2120.

Faiblesse intrinsèque : 873,
888, 1044, 1146, 1585, 1609, 1616,
1617, 1674, 2120.

I

Imprévision : 116, 986, 995, 1001 à
1019, 1032, 1835.

Intention délictuelle : 338, 794, 883,
893 à 899, 927, 1153, 1304 à 1320, 1650,
1813, 2123.

Interventionnisme administratif :
1858, 1883, 1919 à 1921, 1990, 1991,
2001, 2002, 2095 à 2097, 2141, 2142.

Interventionnisme ministériel : 1858,
1920 à 1994, 2000, 2006.

L

Lésion : 56, 61, 77, 80, 88, 108 à 116,
147, 285, 313, 397, 398, 812, 986, 995 à
1002, 1012, 1032, 1068, 1284, 1564.

Lésion qualifiée : 93 à 107, 1525, 1537,
1559 à 1585, 1592, 1596, 1655, 1702 à
1716, 1722.

Libéralisme juridique : 14, 37 à 39, 44 à 50, 799 à 819, 833, 836 à 844, 861, 1148, 1150, 1175, 2122.

Lien de causalité : 191, 206 à 209, 883, 899, 947 à 952, 1153, 1175, 1176, 1329 à 1338, 1651 à 1653, 1812 à 1814, 2072, 2111, 2123, 2139.

M

Manifestation : v. *résultat*. 18, 33, 74, 288, 489, 794, 878, 932, 939, 1338, 1341, 1355.

Mesures curatives : v. *remèdes comportementaux*. 1733n 1737, 2106.

Mesures préventives : v. *remèdes structurels*. 1732, 1736.

Metus causa : 53 à 58, 184 à 227, 246, 1135.

N

Nullité : 55, 93 à 97, 213 à 215. 229, 235, 236, 240, 249, 250, 259, 275, 294, 313, 336 à 341, 359, 389, 397, 408, 516, 530, 546, 555, 578, 585, 590, 595, 604, 682, 867, 1018, 1094, 1173, 1392 à 1436, 1447, 1471, 1566 à 1575, 1585, 1586, 1680, 1693 à 1720, 1726, 1783, 1824 à 1837, 1894, 1896, 1931 à 1939, 1948 à 1952, 1956 à 1964, 1970 à 1979, 1984, 2005, 2052, 2078, 2079.

O

Option de sortie : v. *solution alternative*. 1204, 1255, 1258, 1259, 1260, 1261, 1263, 1265, 1266, 1270.

P

Peine d'emprisonnement : 140, 204, 530, 552, 553, 580, 591, 661, 669, 673, 686, 692, 705, 1324, 1454 à 1457, 1465, 1466, 1509, 1511.

Position dominante : 28, 29, 87, 118 à 121, 128 à 137, 464 à 479, 492 à 534, 551, 561, 567 à 570, 730, 766, 775, 778, 866, 886, 887, 891, 911, 919 à 927, 942 à 945, 981, 1044, 1047, 1126, 1152, 1182 à 1189, 1229 à 1233, 1272, 1295, 1334.

Puissance économique : 22, 119, 130 à 139, 368, 512, 520, 533, 569, 570, 730, 731, 750, 751, 761, 814, 866, 887 à 896, 914, 919, 942, 945, 981, 1044, 1047, 1071 à 1074, 1092, 1112, 1126, 1152 à 1154, 1182, 1183, 1304, 1604 à 1609, 1617, 1631, 1652, 1741, 1803, 1987.

Preuve : 541, 589, 603, 606, 665, 881, 882, 1225, 1263, 1325 à 1329, 1378, 1386, 1658, 1659, 1817, 1854 à 1861, 1877, 1894, 1905, 1916, 1919, 2019 à 2041, 2067, 2075, 2092 à 2098, 2102 à 2104, 2140 à 2143.

R

Rééquilibrage : 1567 à 1575, 1586, 1678, 1697, 1706 à 1726, 1825, 1826, 1837, 2051.

Remèdes comportementaux : 1733, 1737, 1752, 1753, 2106, 2134.

Remèdes structurels : 1732, 1736 à 1738, 1752, 2106, 2134.

Renégociation : 1003, 1007, 1015 à 1019, 1434 à 1439, 1447, 1726, 1826 à 1839, 2043, 2054, 2055, 2100, 2112, 2113, 2139.

Résultat : 18, 108, 191, 209, 274, 794, 878, 883, 899, 932, 940 à 942, 946 à 952, 1153, 1154, 1175, 1176, 1318 à 1341, 1345 à 1350, 1354 à 1358, 1568, 1571, 1602, 1631 à 1640, 1645, 1653, 1658, 1669, 1682, 1812, 1816 à 1818, 2024, 2035, 2060, 2072, 2104, 2111, 2123, 2139, 2143.

1365, 1377, 1579, 1660, 1684, 1787, 2025, 2069, 2109, 2138.

Vulnérabilité : 15, 53, 88 à 93, 144, 145, 359, 410, 432, 614, 615, 640, 671 à 675, 685 à 703, 745 à 747, 781, 790 à 792, 821, 862, 866, 891, 914 à 921, 943, 1044, 1131, 1138, 1152, 1182, 1213 à 1229, 1271 à 1307, 1324, 1325, 1334, 1403, 1457, 1459, 1462, 1468, 1585, 1606 à 1619, 1637, 1674, 1788, 1802, 1803, 1879, 1886, 2115.

S

Solidarisme contractuel : 47 à 50, 799 à 802, 819 à 829, 834 à 847, 858 à 860, 1148 à 1150, 1535, 1775, 2122.

Solution alternative : 104, 1202, 1244, 1245, 1255, 1257, 1260, 1263, 1725.

Système de l'opt in : v. *action de groupe*. 1913, 1915, 1916, 1917.

Système d'opt out : v. *action de groupe*. 1914, 1915, 1916, 1917.

V

Violence économique : 8 à 15, 58, 61, 73, 79, 84, 88 à 104, 147, 174, 180 à 184, 301 à 304, 326 à 328, 363 à 371, 377 à 389, 394 à 427, 722, 737, 792 à 796, 862, 881, 886, 921, 929, 930, 935, 943, 965, 973, 975, 1023, 1059, 1065 à 1102, 1119, 1131, 1139, 1140, 1156, 1205 à 1217, 1235, 1297, 1300, 1310, 1326, 1336, 1349, 1350, 1351, 1365 à 1367, 1377 à 1379, 1404, 1411, 1537, 1559 à 1596, 1618, 1645, 1655, 1663 à 1667, 1680, 1693, 1694, 1705 à 1710, 1716, 1722, 1767, 1781 à 1801, 1823, 1879, 1886, 2029, 2052, 2068, 2115.

Violence morale : 53 à 57, 72 à 75, 181 à 183, 190, 286 à 295, 302 à 315, 325 à 413, 794, 881, 930 à 935, 958 à 961, 970 à 977, 1072 à 1094, 1136, 1137, 1310,

TABLES DES MATIÈRES

SOMMAIRE	3
ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	9
TITRE I. LA NÉCESSITÉ DE PRENDRE EN COMPTE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE	20
TITRE II. LA TENTATIVE D'UN TRAITEMENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT.....	28
TITRE III. L'ÉCHEC DE LA RÉCEPTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT.....	51
PARTIE I. LA NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE : UNE NOTION DÉPOURVUE D'IDENTITÉ	73
TITRE I. L'ÉVOLUTION FRAGMENTÉE DE LA NOTION DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE	76
<i>Chapitre I. L'évolution fastidieuse de la notion de contrainte économique dans le droit civil</i>	78
Section I. La réception progressive de la violence économique du Droit romain au Droit français jusqu'en 1804.....	79
Paragraphe I. La position traditionnelle du Droit romain : le règne de la conception délictuelle au sein du <i>metus causa</i>	80
Paragraphe II. La position indécise du Moyen-âge : l'avancée timide de la conception contractuelle au sein de la contrainte	94
A. La position ambiguë de la doctrine savante et de l'époque franque	95
B. La position hésitante des droits coutumiers médiévaux.....	100
Paragraphe III. La position complexe de l'époque moderne et de l'ancien régime : la percée décisive de la conception contractuelle au sein de la crainte.....	106
Paragraphe IV. La position révolutionnaire du Droit français depuis 1804 : le triomphe de la conception contractuelle au sein du vice de violence	122
Section II. La réception méfiante de la violence économique en Droit français depuis 1804	131
Paragraphe I. L'évolution doctrinale de la réception de la violence économique : Un plaidoyer réformiste tranchant avec la position classique défendue par la doctrine	132
A. Le refus de la doctrine classique de reconnaître la violence issue d'évènements extérieurs.....	132
B. Le plaidoyer d'une partie de la doctrine en faveur du traitement des violences issues d'évènements extérieurs	135
Paragraphe II. L'évolution jurisprudentielle de la réception de la violence économique : Une reconnaissance prudente de la violence économique	138
A. Le refus traditionnel de reconnaître l'abus de l'état de nécessité au titre du vice traditionnel de violence	139
B. Une réception mesurée de l'abus de l'état de nécessité au titre du vice traditionnel de violence	140
1. Une réception de l'abus de l'état de nécessité au titre de la violence considérablement limitée	141
a. Une réception de l'abus de l'état de nécessité au titre de la violence restreint au domaine maritime	141
b. Une réception de l'abus de l'état de nécessité au titre de la violence élargie à des domaines spécifiques	143
2. Une réception de l'abus de l'état de nécessité au titre de la violence considérablement débattue.....	145
a. Une réception au pluriel de l'abus de l'état de nécessité au titre de la violence..	145
b. La position avisée de la Cour de cassation sur la réception de l'abus de l'état de nécessité au titre de la violence réaffirmée.....	149
C. Une réception subtile de l'abus de l'état de nécessité au titre du vice traditionnel de violence ouvrant la voie à la reconnaissance d'une nouvelle forme de violence : la violence économique	152
D. La consécration de la violence économique par la jurisprudence	156
1. Un contexte propice à la consécration de la violence économique	157
2. Une consécration expresse de la violence économique par les Hauts magistrats...	162

Paragraphe III. L'évolution légale de la réception de la violence économique : Une consécration attendue mettant fin au refus constant du législateur à connaître de la violence économique.....	169
<i>Chapitre II. L'évolution compliquée de la notion de contrainte économique dans les droits spéciaux.....</i>	<i>176</i>
Section I. La réception de la contrainte économique par le droit de la concurrence : la consécration des abus de domination.....	177
Paragraphe I. La réception de la contrainte économique au titre de l'abus de position dominante.....	178
A. Un contexte favorable à l'apparition d'un régime relatif à l'abus de domination	178
1. Un contexte politique, économique et juridique opportun.....	179
a. Un contexte politique enclin à l'adoption d'un régime relatif à l'abus de position dominante	179
b. Un contexte socio-économique particulièrement clément à reconnaître l'abus de position dominante	180
c. Un contexte juridique insuffisant pour traiter les abus sur les marchés	183
2. Une influence décisive des législations étrangères	186
a. Le modèle Nord-Américain	186
b. Le modèle Allemand	198
c. Le modèle de l'Union européenne	201
B. Une reconnaissance difficile de l'abus de position dominante	208
Paragraphe II. La réception de la contrainte économique au titre de l'abus de dépendance économique.....	228
A. Un contexte propice à l'octroi d'un régime relatif à un nouvel abus de domination	229
1. Une influence croissante des législations et des pratiques étrangères	229
2. Un contexte socio-économique et juridique bienveillant.....	231
a. Un contexte socio-économique ébranlé exigeant un nouvel outil de régulation ..	231
b. Un contexte législatif lacunaire requérant un nouvel outil de répression	234
B. Une reconnaissance lente de l'abus de dépendance économique	235
Section II. La réception de la contrainte économique par le droit de la consommation et le droit pénal des affaires : la consécration des abus de faiblesse.....	250
Paragraphe I. La réception de la contrainte économique au titre de l'abus de faiblesse et d'ignorance.....	251
A. Un contexte avantageux à l'adoption du régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance	251
1. Un contexte socio-économique inédit.....	252
a. L'avènement de la société de consommation.....	252
b. L'ère du consumérisme.....	254
2. Un contexte juridique encourageant.....	258
a. Un contexte juridique dépourvu de mécanismes traditionnels de droit civil efficaces et adéquats	258
b. Un contexte juridique influencé par les législations étrangères	262
i. L'émergence de la politique communautaire de protection des consommateurs	263
ii. La consécration de la politique communautaire de protection des consommateurs.....	267
B. L'évolution législative de l'abus de faiblesse et d'ignorance : une construction dans le temps.....	269
Paragraphe II. La réception de la contrainte économique au titre de l'abus de vulnérabilité : une construction audacieuse.....	279
TITRE II. LA RECHERCHE D'UN RÉGIME COMMUN À LA NOTION DE CONTRAINTE ÉCONOMIQUE	288
<i>Chapitre I. L'absence d'un régime commun à la notion de contrainte économique</i>	<i>290</i>
Section I. Une notion de contrainte économique pleinement méconnue par le Droit	291
Paragraphe I. Les fondements de la notion de la contrainte économique	292
A. La finalité et la fonction de la lutte contre la contrainte économique : La protection de l'intégrité du consentement.....	293
1. La finalité poursuivie par les abus de domination	297
a. La finalité du régime de l'exploitation abusive d'une position dominante	298
b. La finalité du régime de l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique	309
2. La finalité poursuivie par les abus de faiblesse et de vulnérabilité	312
a. La finalité du régime de l'abus de faiblesse et d'ignorance	312

b. La finalité du régime de l'abus de vulnérabilité	316
3. La finalité poursuivie par le régime de la violence économique	317
B. Les fondements doctrinaux de la lutte contre la contrainte économique : une réception légitime de la contrainte économique par le Droit.....	319
1. Le rejet du clivage traditionnel des courants doctrinaux.....	320
a. Le libéralisme juridique : Un rejet manifeste de la réception de la contrainte économique par le Droit.....	320
b. Le solidarisme contractuel : Une réception exigée de la réception de la contrainte économique par le Droit.....	327
2. Le fruit d'une nécessaire articulation entre les courants doctrinaux	332
Paragraphe II. Les composantes de la notion de contrainte économique	344
A. Les caractéristiques de la contrainte économique	345
B. Les conditions de la contrainte économique	350
1. L'élément psychologique : le déséquilibre structurel	353
2. L'élément intentionnel : l'intention délictuelle.....	355
3. Les éléments matériels : l'abus, le résultat et le lien de causalité	357
a. L'exploitation abusive du déséquilibre structurel : l'abus	357
i. La définition de l'abus.....	358
ii. La nature de l'abus	361
iii. Les caractéristiques de l'abus	368
iiii. La qualification de l'abus.....	370
b. Le résultat : la manifestation de la contrainte économique.....	372
c. Le lien de causalité entre le déséquilibre structurel et l'abus.....	374
Section II. Une notion de contrainte économique mal appréhendée par les mécanismes traditionnels.....	376
Paragraphe I. Des mécanismes inappropriés aux caractéristiques de la contrainte économique	377
A. Des mécanismes insuffisamment pragmatiques.....	377
1. La bonne foi	378
2. La violence morale.....	380
B. Des mécanismes inadéquats : la théorie de l'abus de droit.....	382
Paragraphe II. Des mécanismes inappropriés à l'objet de la contrainte économique.....	384
A. Des mécanismes sanctionnant l'absence d'équivalence : la cause.....	384
B. Des mécanismes sanctionnant un déséquilibre contractuel	387
1. La lésion	387
2. La théorie de l'imprévision	389
Chapitre II. <i>L'absence d'une définition de la notion de contrainte économique</i>	396
Section I. La définition négative de la contrainte économique	398
Paragraphe I. La contrainte économique et le déséquilibre contractuel	399
Paragraphe II. La contrainte économique et le déséquilibre structurel	404
Section II. La définition positive de la contrainte économique	407
Paragraphe I. L'absence de définition aboutie de la contrainte économique.....	410
A. L'absence de définition autonome de la contrainte économique	411
1. La définition de la contrainte économique à travers la violence économique.....	411
2. La définition de la contrainte économique à travers l'abus de situation	421
B. L'absence de définition complète de la contrainte économique.....	423
Paragraphe II. Tentative de définition de la contrainte économique	433

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE..... 437

PARTIE II. LE RÉGIME DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE : UN RÉGIME INOPÉRANT 449

TITRE I. UNE RÉCEPTION MANQUÉE DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT	451
Chapitre I. <i>Un traitement incohérent et inefficace de la contrainte économique par le droit positif</i>	453
Section I. Des conditions incohérentes au traitement de la contrainte économique.....	454
Paragraphe I. Un recours salué aux conditions communes.....	455
A. Les conditions communes évidentes au traitement de la contrainte économique	456
1. L'existence fondamentale d'un déséquilibre structurel	456
a. Les situations de déséquilibre structurel.....	457
i. La notion de position dominante	458
ii. La notion de dépendance économique	460

iii. Les notions de faiblesse et de vulnérabilité	468
b. L'appréciation rigoureuse du déséquilibre structurel	470
i. L'appréciation de la notion de position dominante	471
ii. L'appréciation de la notion de dépendance économique	473
iii. L'appréciation des notions de faiblesse et de vulnérabilité	488
2. L'existence primordiale d'une exploitation abusive du déséquilibre structurel	490
a. L'abus de la contrainte économique : un abus de fait	491
b. L'appréciation libre de l'abus : un abus présumé	501
B. Les conditions communes induites au traitement de la contrainte économique	506
1. L'existence requise d'un lien de causalité	507
2. L'existence ordonnée d'un résultat de l'exploitation abusive	510
Paragraphe II. Un recours fâcheux aux conditions particulières	517
A. Des conditions particulières ayant un objet illégitime : Une finalité incohérente des conditions particulières	518
B. Des conditions particulières ayant des conséquences inopportunes : Un domaine d'application réduit de la contrainte économique	522
Section II. Des sanctions inefficaces et inadaptées pour le traitement de la contrainte économique	527
Paragraphe I. Un recours préconisé aux sanctions communes	528
A. Des sanctions civiles légitimes	528
1. Une légitimité confirmée	529
2. Une légitimité à conforter	533
B. Des sanctions civiles opportunes	536
1. Une opportunité avérée	537
2. Une opportunité à renforcer	538
Paragraphe II. Un recours regrettable aux sanctions particulières	542
A. Un recours clément aux sanctions non répressives	542
B. Un recours sévère aux sanctions répressives et quasi-répressives	546
<i>Chapitre II. Un traitement malheureux de la contrainte économique par le droit progressif</i>	572
Section I. Le choix déplorable des instruments traitant de la contrainte économique	591
Paragraphe I. Des instruments poursuivant une finalité étrangère à la contrainte économique	592
Paragraphe II. Des instruments étouffant le champ d'application de la contrainte économique	600
Section II. Le choix perfectible des régimes traitant de la contrainte économique	605
Paragraphe I. Le choix corrigible des conditions retenues	606
A. Un choix contestable de conditions	607
1. Des conditions indispensables au traitement de la contrainte économique à corriger ou à envisager	608
a. Des conditions essentielles dégradées dans les projets de réforme	608
i. La condition relative au déséquilibre structurel	609
ii. La condition relative à l'exploitation abusive	618
iii. La condition relative au résultat	624
b. Des conditions essentielles oubliées ou induites par les projets de réforme	629
2. Des conditions futiles et nocives au traitement de la contrainte économique à supprimer	631
B. Une mise en pratique réformable des conditions	637
Paragraphe II. Le choix discutable des sanctions retenues	644
A. Une structure punitive traditionnelle améliorable	645
B. Une structure punitive innovante incohérente et infructueuse	648
TITRE II. DES REMÈDES RECOMMANDÉS POUR UN TRAITEMENT EFFICACE ET COHÉRENT DE LA CONTRAINTE ÉCONOMIQUE	660
<i>Chapitre I. Les remèdes à prescrire au droit substantiel</i>	663
Section I. Les remèdes structurels : Des mesures préventives limitant les causes de la contrainte économique	664
Paragraphe I. L'indispensable contrôle du niveau de concentration de la grande distribution	665
Paragraphe II. Le nécessaire contrôle de l'impact cumulatif des accords de regroupements à l'achat	668

Section II. Les remèdes comportementaux : des mesures curatives traitant une situation de contrainte économique	671
Paragraphe I. Un plaidoyer pour le traitement de la contrainte économique au titre du droit civil	672
A. Les propositions exclues	673
1. Le rejet du traitement de la contrainte économique par les codes de bonnes pratiques	675
2. Le rejet du traitement de la contrainte économique au titre des droits spéciaux	676
3. Le rejet du traitement de la contrainte économique par le droit civil au titre d'un vice du consentement	681
B. Les propositions retenues	685
1. Un recours sollicité au droit civil pour le traitement de la contrainte économique	686
2. Un recours au droit civil adapté à la contrainte économique	689
Paragraphe II. Un plaidoyer pour le traitement de la contrainte économique au titre d'un régime de responsabilité propre	692
A. Des conditions adéquates aux caractéristiques de la contrainte économique	695
B. Des sanctions efficaces contre les situations de contrainte économique	698
1. Le recours à la renégociation : un gain de souplesse	701
2. L'admission de dommages et intérêts punitifs : un gain d'efficacité	705
<i>Chapitre II. Les remèdes à administrer au droit processuel.....</i>	<i>710</i>
Section I. Un accès à la justice à améliorer	712
Paragraphe I. Un droit d'action à réformer	713
A. Un droit d'alerte à consolider	714
1. Le domaine d'application du droit d'alerte à élargir	714
2. La protection du donneur d'alerte à intensifier	724
B. Une action de groupe en cas de contrainte économique à envisager	730
Paragraphe II. Un recours à l'interventionnisme des autorités administratives à encourager	738
A. Une intervention ministérielle à conserver	739
1. Une légitimité contestée de l'interventionnisme ministériel	740
a. Une légitimité discutée en jurisprudence	741
b. Une légitimité renforcée	756
2. Une opportunité constatée de l'interventionnisme ministériel	765
B. Une intervention des autorités administratives à exploiter	771
Section II. Une action en justice à perfectionner	777
Paragraphe I. Une charge de la preuve à remanier	778
A. Un allègement impérieux de la charge de la preuve	778
B. Une répartition impérative de la charge de la preuve	782
Paragraphe II. Une intervention judiciaire dans le traitement de la contrainte économique à célébrer	786
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	799
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	813
BIBLIOGRAPHIE	825
INDEX.....	898
TABLES DES MATIÈRES	903

Résumé

La contrainte économique fait l'objet en Droit d'une forte contradiction. Elle est très présente dans les relations contractuelles et à l'aune des relations contractuelles. Toutefois, la notion de contrainte économique n'a jamais été définie et il n'existe pas de régime propre à cette notion. De même, elle est traitée indirectement par de nombreux régimes mais ces régimes sont en pratique peu sollicités et lorsqu'ils sont appliqués, ils sont très décevants. Aussi, la contrainte économique est une problématique récurrente en Droit mais elle reste encore aujourd'hui une énigme pour la communauté juridique. Malgré l'inflation législative, son traitement reste un échec. La présente étude a pour objectif de comprendre et d'exposer les raisons de cet échec afin d'y apporter les aménagements nécessaires pour un traitement cohérent et efficace des situations de contrainte économique. L'analyse transversale des différents régimes connaissant indirectement de ces situations met en exergue les particularités et les incohérences du traitement et notamment l'impact négatif du particularisme des droits spéciaux sur le traitement de la contrainte économique. Les enseignements tirés de cette analyse dictent la nécessité d'un régime commun à la notion de contrainte économique et imposent de plaider pour une généralisation du traitement de ces situations.

Abstract

Economic duress is subject to strong contradictions in Law. The concept is prevalent in contractual relations and in pre-contractual relations. However, the concept of economic duress has never been defined and there is no specific regime for this term. Similarly, the concept is addressed indirectly by many regimes, but these regimes are in practice rarely used and when applied, they can be quite disappointing. As a result, economic duress is a recurring issue in law and remains to this day, a puzzler for the legal community. Despite the legislative inflation, the methods to address economic duress remains a failure. The aim of this study is to understand and explain the reasons for this failure in order to make the necessary adjustments for a consistent and effective tackling of economic duress cases. The cross-cutting analysis of the various regimes indirectly affected by these cases, highlights the peculiarities and the lack of consistency of the current approach and in particular the negative impact of the distinctive identity of special rights with regards to addressing economic duress.

The lessons learned from this analysis indicate a need for a shared framework for economic duress and call for a broadening of the response to these cases.